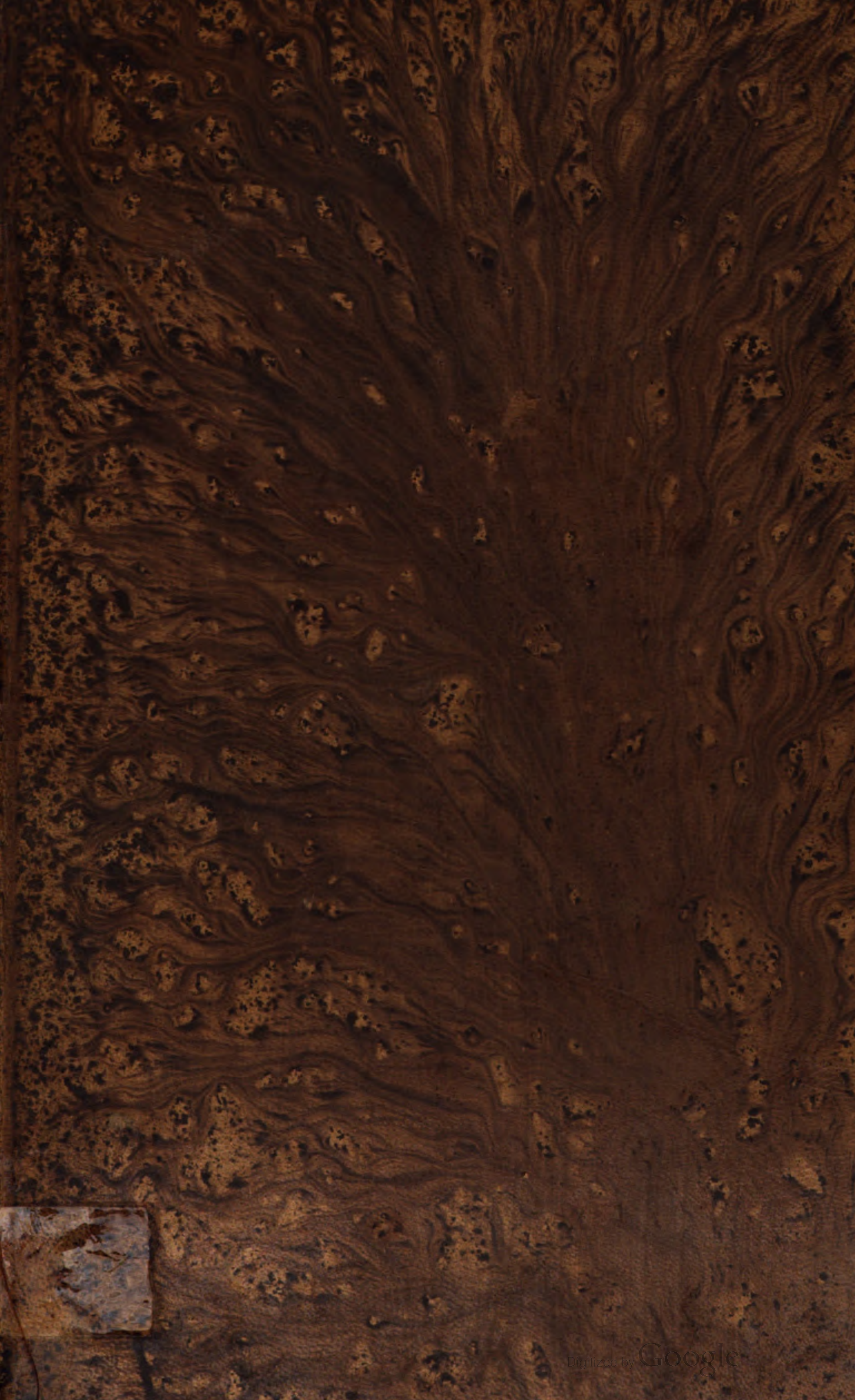
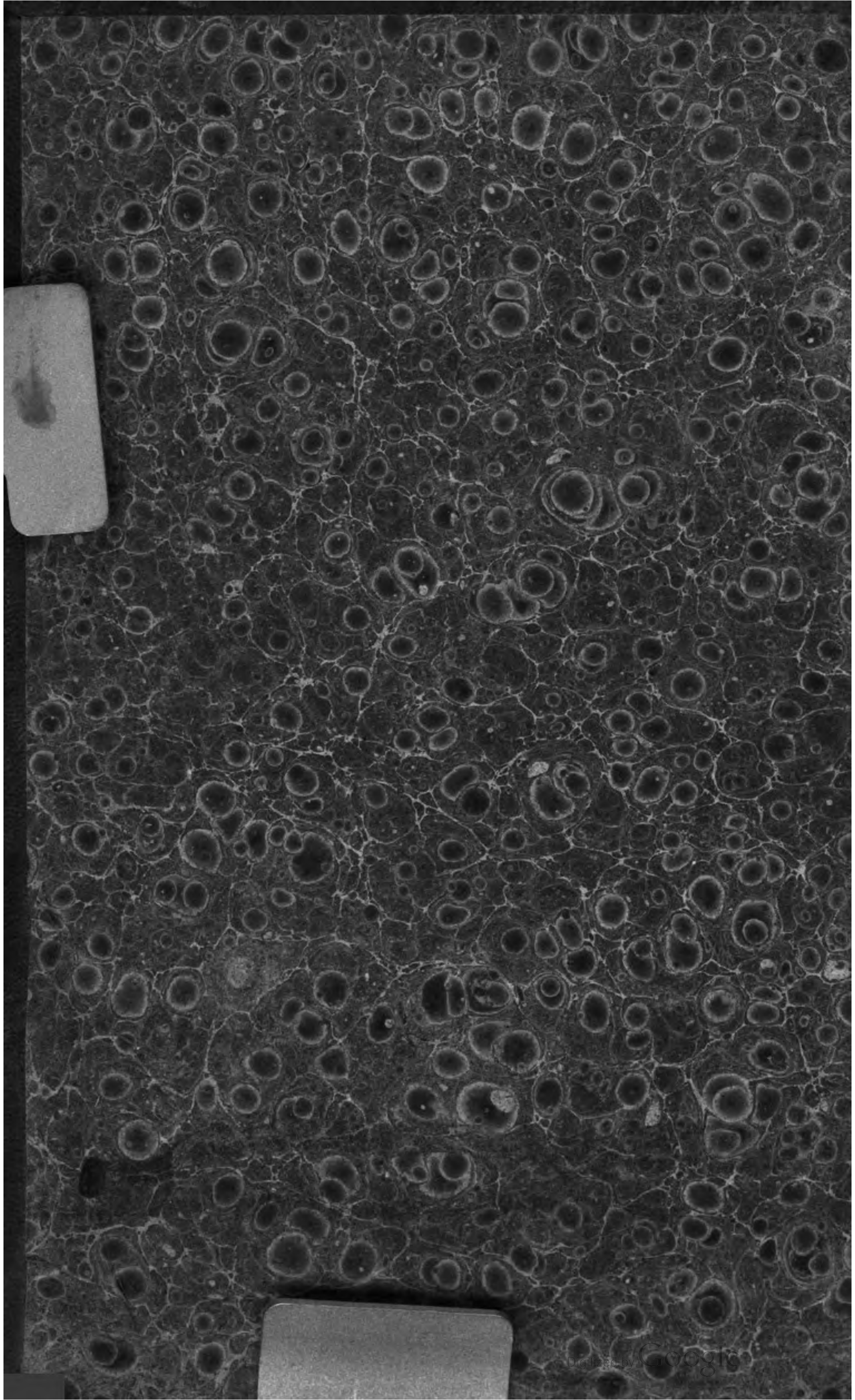
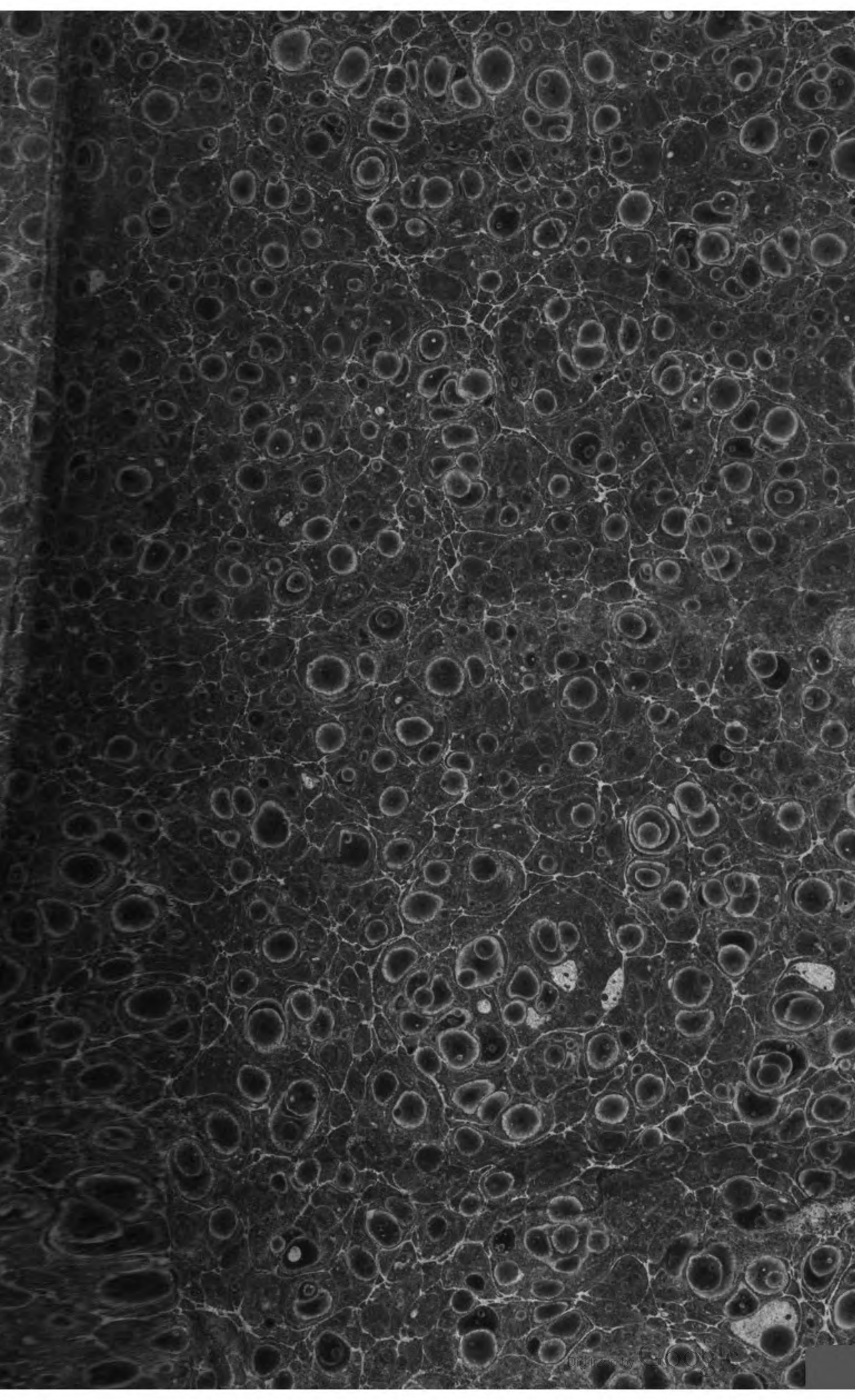








4a

INSTITUTES DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

Paris. — Imprimerie de L. Martinet, rue Mignon, 2.

INSTITUTES
DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES

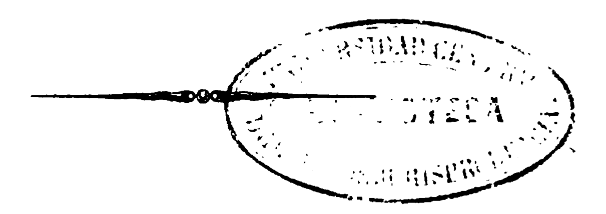
PAR

A. M. DU CAURROY,
AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A L'ÉCOLE DE DROIT DE PARIS.

TOME PREMIER

CONTENANT LES DEUX PREMIERS LIVRES.

HUITIÈME ÉDITION
Revue et corrigée.



PARIS
GUSTAVE THOREL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
PLACE DU PANTHÉON, 4, PRÈS DE L'ÉCOLE DE DROIT.
1851

AVERTISSEMENT

PLACÉ PAR L'AUTEUR EN TÊTE DE LA SEPTIÈME ÉDITION.

Cet ouvrage contient les Institutes de Justinien avec la traduction en regard du texte, puis l'explication de chaque titre. Ce n'est à proprement parler que la réunion de deux ouvrages qui dans l'origine se publiaient séparément, le premier sous le titre d'*Institutes traduites*, et le second sous le titre d'*Institutes expliquées*.

J'ai fait, pour justifier l'explication, des citations nombreuses.

Les unes sont tirées des Institutes de Justinien; en tête de chaque explication, j'indique les parties du titre auxquelles l'explication se réfère, dont elle suppose la lecture préalable, et d'où sont tirées les expressions latines que je transcris souvent entre parenthèses. Ces parties du texte sont indiquées sommairement par les lettres PR., ou par des chiffres romains précédés du signe §, suivant que l'explication porte sur le *principium* du titre ou sur un des paragraphes subséquents. Ainsi par exemple, à la page 244, les chiffres XXVII et XXVIII avertissent que tout ce qui va suivre se réfère principalement aux vingt-septième et vingt-huitième para-

graphes du titre. Outre cette citation principale, les institutes de Justinien fournissent encore d'autres citations accessoires indiquées en note au bas de chaque page, elles commencent toujours par les lettres *PR.*, ou par le signe § suivi d'un chiffre arabe avec la rubrique du titre en abrégé. Ainsi au bas de la page 245, la note (1) nous reporte au troisième paragraphe du titre *De obligationibus quasi ex contractu*, et au cinquième paragraphe du titre *De officio judicis*.

Le Code Justinien contient un grand nombre de constitutions, et le Digeste ou les Pandectes, un grand nombre d'extraits empruntés aux anciens jurisconsultes. Les citations prises à ces deux sources commencent toujours par le nom d'un prince qui est suivi de la lettre *C.*, ou par le nom d'un jurisconsulte suivi des lettres *fr.* Il s'agit, dans le premier cas, d'une constitution qu'il faut chercher au Code, et dans le second, d'un extrait ou d'un fragment conservé au Digeste (*a*). Le chiffre arabe qui vient ensuite désigne le rang que la constitution ou le fragment cité occupe dans son titre. Lorsqu'il y a subdivision en *principium* et paragraphes, elle est annoncée par les lettres *pr.*, ou par le signe § suivi d'un autre chiffre arabe. Vient ensuite la rubrique du titre en abrégé. Ainsi par exemple, on trouvera au bas de la page 74 la citation suivante: *Paul. fr.*

(*a*) Justinien ayant donné force de loi aux constitutions insérées dans son Code, et aux décisions des anciens jurisconsultes réunies dans ses pandectes, les unes et les autres ont eu longtemps le titre de loi. Aussi les anciens auteurs commencent-ils leurs citations par la lettre L., en ajoutant, pour les lois du Code, la lettre C, et pour celles du Digeste la lettre D ou le signe ff. J'abandonne ce genre de citation, pour être conséquent dans le système que j'ai suivi : en effet Justinien n'est plus pour nous un législateur; le Digeste et le Code ne nous offrent plus que des opinions de jurisconsultes ou des Constitutions, dont l'autorité toute rationnelle reste indépendante de l'autorité législative de Justinien. Ce ne sont plus pour nous des lois, mais des monuments plus ou moins altérés de la législation romaine.

11 *de lib. et post.*, et au bas de la page 75 (4) cette autre : *Const. C.* 2, *de patr. qui fil.* Elles indiquent un fragment du jurisconsulte Paul et une constitution de l'empereur Constantin, qui se trouvent dans le *Corpus juris*, savoir : le fragment, au Digeste sous le titre *De liberis et postumis*, et la constitution, au Code sous le titre *De patribus qui filios suos distraxerunt*. Quelquefois la rubrique du titre est remplacée par les abréviations *eod.*(*eodem titulo*) ou *h. t.* (*hoc titulo*) La première se réfère au titre désigné dans une précédente citation, et la seconde, au titre qui porte dans le Digeste ou dans le Code la même rubrique que le titre des Institutes, à l'occasion duquel est faite la citation. Quant aux Novelles de Justinien, elles sont toujours citées chacune par son numéro, précédé de l'abréviation *Nov.*

Les constitutions qui se trouvent dans les Codes Théodosien, Grégorien ou Hermogénien sont citées comme les précédentes, en ajoutant les abrévations *C. Th.*, *C. Gr.*, ou *C. Her.*

J'invoque souvent, hors du *Corpus juris*, l'autorité des anciens jurisconsultes, particulièrement celle de Gaius, de Papinien, d'Ulpien et de Paul ; ces différentes citations se réfèrent aux Institutes de Gaius, aux Sentences de Paul, au petit traité d'Ulpien (*Regularum liber singularis*) vulgairement appelé *Fragmenta Ulpiani* ou *Tituli ex corpore Ulpiani*, et enfin aux *Fragmenta Vaticana*. Les abréviations *inst.*, *sent.*, *reg.*, *fragment. vatic.*, ne peuvent donc offrir aucune difficulté. Ces mêmes abréviations sont ordinairement précédées et suivies de plusieurs nombres en chiffres arabes ; le nombre qui précède indique, dans les Règles d'Ulpien, le n° du titre, et dans les Institutes de Gaius, le n° du livre; le nombre qui vient ensuite désigne le paragraphe. Pour les Sentences de Paul, je me sers de trois chiffres qui indiquent

le livre, le titre et le § cités. Quant aux *Fragmenta Vaticana*, ils sont divisés en paragraphes dont les numéros forment une série unique. Il sera donc facile d'y retrouver les constitutions ou les fragments cités.

Les chiffres placés entre deux crochets renvoient à des explications antérieures ou postérieures.

Les Institutes de Gaius, les Fragments d'Ulpien, les Sentences de Paul et les *Fragmenta Vaticana* se trouvent réunis aux Institutes de Justinien dans un recueil manuel imprimé *ad usum prœlectionum*, sous le titre de *Juris civilis Enchiridium* (1). Quant aux constitutions qui nous restent des Codes Théodosien, Grégorien et Hermogénien, elles formeraient avec les autres parties du droit antéjustinien, un recueil volumineux. La collection publiée en 1815 à Berlin, en 2 vol. in-8°, sous le titre de *Jus civile antejustinianeum*, contient le Code Théodosien, que Schulting n'a point imprimé dans le recueil intitulé *Jurisprudentia vetus antejustinianea*. La collection de Berlin se trouve elle-même insuffisante, depuis que les découvertes faites en Italie, et successivement annoncées dans la *Thémis*, nous ont rendu les Institutes de Gaius, les *Fragmenta Vaticana*, et un grand nombre de constitutions qui diminuent les lacunes du Code Théodosien. Aussi une nouvelle édition du droit antéjustinien a-t-elle été publiée récemment à Bonn, sous le titre de *Corpus juris Romani antejustinianei*, en deux vol. in-4°.

(1) Un vol. in-8, 1851. Prix 4 fr.

NOTICE

SUR LA VIE ET LES OUVRAGES

DE M. DU CAURROY.

Le savant auteur des *Institutes expliquées* vient de terminer sa carrière. Le moment est donc venu de porter un jugement sur ses œuvres et sur le rang qu'il doit occuper parmi les jurisconsultes. D'autres, plus compétents, et plus dégagés que nous ne pourrions l'être de toute préoccupation personelle, se chargeront bientôt de ce soin. Quant à nous, si nous prenons dès aujourd'hui l'initiative, c'est dans une intention plus modeste ; nous voulons seulement rendre un pieux hommage à la mémoire de celui qui fut pour nous un second père, et résumer, dans ce but, les détails que dix ans de l'intimité la plus parfaite nous ont permis de recueillir sur sa laborieuse existence.

Adolphe-Marie Du Caurroy de la Croix, né le 5 janvier 1788, à Eu, petite ville de Normandie, appartenait à une très ancienne famille de cette province, sur le passé de laquelle plusieurs hommes de mérites et de talents divers avaient déjà

jeté quelque éclat (1). Charles du Caurroy de la Croix, son père, avocat au parlement de Paris et lieutenant du bailliage d'Eu, avait lui-même acquis une certaine réputation comme jurisconsulte, notamment par sa collaboration au *Répertoire de Jurisprudence.* Les événements politiques ayant interrompu sa carrière, il résolut de consacrer ses loisirs à l'éducation de son jeune fils. Le système qu'il adopta, dans ce but, se ressentit un peu des théories de l'*Émile*, encore en vogue à cette époque. Le travail sédentaire y tenait peu de place; les leçons se donnaient le plus souvent au milieu de causeries familières, dans le cours de longues promenades, où chaque objet nouveau provoquait une question nouvelle et amenait une réponse instructive. Telles étaient dès lors la vivacité de son intelligence et la sûreté de sa mémoire, qu'à l'âge de douze ans et demi M. Du Caurroy se trouvait avoir acquis, de cette manière, des notions assez étendues sur la géographie, la botanique, la physique et les mathématiques élémentaires.

A cette époque, un grand changement dut s'opérer dans son existence. Son père venait d'être appelé à remplir des

---

(1) Nous citerons seulement :

C. Du Caurroy, capitaine de Gerberoy, en 1368, lors des guerres contre les Anglais.

Valentin Du Caurroy, avocat au Parlement de Paris, auteur d'une traduction partielle des œuvres de saint Augustin, imprimée en 1551.

Charles Du Caurroy, lieutenant civil et criminel de l'amirauté de France, dans les dernières années du XVIe siècle.

François Du Caurroy, commandeur de Malte, et son frère Antoine Du Caurroy, maréchal-des-logis de la reine Anne d'Autriche.

Enfin Eustache Du Caurroy, maître de chapelle des rois Charles IX, Henri III et Henri IV, l'un des premiers compositeurs de son temps et dont les œuvres sont encore appréciées aujourd'hui.

fonctions administratives qui ne lui permettaient plus de continuer le rôle de précepteur dont il s'était chargé jusqu'alors. Il fut donc décidé que M. Du Caurroy quitterait la maison paternelle et serait placé dans un des colléges de Paris. Toutefois, une circonstance heureuse adoucit pour lui les regrets de cette séparation. S'il perdait, en s'éloignant de son père, un maître instruit et affectueux, il allait en retrouver un autre non moins dévoué, mais plus sévère, et dont la direction devait exercer sur son esprit la plus salutaire influence.

Il existait alors à Paris, dans l'intérieur de l'ancien collége Louis-le-Grand, une institution spécialement destinée à l'enseignement des langues orientales et qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours sous le nom d'*École des jeunes de langues*. Le frère aîné de M. Du Caurroy, qui depuis s'est fait un nom comme orientaliste et a mérité les plus honorables distinctions par ses longs services dans les échelles du Levant, venait d'être nommé sous-directeur de cette école. Sa position le mettant en rapports journaliers avec le collége auquel se rattachaient les *jeunes de langues*, il avait offert d'y placer son jeune frère. C'était, à tous égards, la combinaison la meilleure, et la famille s'était empressée de l'adopter. Conduit à Paris au mois d'octobre 1800, M. Du Caurroy devait donc être mis immédiatement au collége, mais aucune indication précise ne fixant la classe dans laquelle il pourrait entrer, il eut préalablement à subir une sorte d'examen sommaire qui, nous devons le dire, ne tourna pas entièrement à son honneur. Cette épreuve, en effet, constata dès l'abord que, s'il avait appris déjà beau-

coup de choses dont l'Université ne s'occupait guère à cette époque, en revanche, il ignorait complétement tout ce qu'elle enseigne. Craignant, dès lors, avec raison que son protégé ne perdît un temps précieux s'il devait prendre aux premiers éléments et suivre pas à pas le cercle des études universitaires, M. Du Caurroy l'aîné n'hésita pas à l'installer près de lui, se constitua son professeur, et le suivit avec tant de zèle, qu'au bout de deux ans, il le mit en état d'entrer en quatrième. Dans le cours de ces deux années, grâce à l'assiduité du maître, l'élève avait acquis un commencement d'instruction solide et le goût du travail. L'émulation seule lui manquait encore, mais il ne devait pas tarder à en ressentir les effets au milieu de ses nouveaux condisciples, dont quelques uns, tels que MM. Villemain, de l'Académie française, Demante, de la Faculté de droit, et Legrand, des ponts-et-chaussées, annonçaient déjà le talent qui devait, plus tard, les distinguer dans le monde. Loin de s'effrayer en présence de rivaux aussi redoutables, le jeune écolier ne fit que redoubler d'ardeur. De premiers succès l'encouragèrent, et bientôt même une bourse accordée à titre de récompense lui permit de continuer gratuitement ses études. C'était assurément une grande faveur, mais il sut la justifier en conservant jusqu'à la fin le rang qu'il avait conquis dès l'origine, et en figurant toujours avec honneur dans les solennités universitaires.

M. Du Caurroy avait dix-huit ans et demi lorsqu'il acheva sa rhétorique, et se trouva placé tout à coup dans la situation la plus difficile et la plus critique. Quatre ans auparavant, en 1802, il avait eu le malheur de perdre son

père. Son frère aîné, nommé directeur de l'École des *jeunes de langues* à Constantinople, avait quitté la France en 1803. La petite fortune laissée par son père s'était trouvée compromise par suite d'une gestion malhabile. Toutes ses ressources lui faisaient donc défaut à la fois, et il allait se voir obligé de demander immédiatement au travail ses moyens d'existence. Heureusement, un homme de bien se trouva sur sa route, et lui tendit généreusement la main.

M. Simon, dont le nom est resté cher à la Faculté de droit de Paris, réunissait dès lors aux fonctions de professeur suppléant dans cette Faculté celles de directeur de l'*École des jeunes de langues*. A ce titre, il avait eu de longues relations avec M. Du Caurroy l'aîné, et l'amitié qu'il portait au plus âgé des deux frères s'était naturellement étendue jusqu'au plus jeune. Vivement alarmé des embarras que ce dernier devait rencontrer à sa sortie du collége, il craignait surtout de le voir compromettre son avenir pour subvenir aux nécessités du moment. En cela, M. Simon ne se trompait pas; car, suivant toute apparence, arrêté par le manque de ressources, M. Du Caurroy eût été dans l'impossibilité de suivre la carrière à laquelle il songeait dès cette époque, et qu'il a si dignement parcourue depuis lors. M. Simon ne voulut pas qu'il en fût ainsi : il alla donc au-devant de M. Du Caurroy, l'interrogea sur ses projets, l'engagea fortement à persévérer dans ses intentions primitives, traita de craintes puériles ses préoccupations au sujet des avances qui pouvaient lui être nécessaires, et, pour conclusion, il lui ouvrit sa bourse. Ce généreux patronage permit à M. Du Caurroy de se faire admettre au nombre des étu-

diants en droit, de suivre les cours de la Faculté et d'y prendre ses grades. C'est donc à M. Simon qu'il dut en réalité tout ce qu'il devint par la suite, et si, dès qu'il en eut le pouvoir, il s'empressa d'acquitter sa dette pécuniaire, le souvenir du service qu'il avait reçu ne s'est jamais effacé de sa mémoire.

C'est au mois de novembre 1806 que M. Du Caurroy prit sa première inscription à la Faculté de droit. La vie d'étudiant ne fut pas pour lui ce qu'elle était dès lors pour beaucoup d'autres. L'extrême modicité et l'origine même de ses ressources l'excitaient également au travail et à l'économie. Ne voulant rien accepter de M. Simon qui ne lui fût absolument indispensable, il s'ingénia de mille façons pour réduire ses dépenses au plus strict nécessaire. Un seul trait fera juger du reste. Quelle que fût la rigueur de la saison, jamais, pendant tout le cours de ses études, M. Du Caurroy ne se permit l'usage du feu; seulement, quand le froid devenait trop vif et que ses doigts se refusaient à tenir la plume, il quittait son bureau, s'installait sur son lit, s'enveloppait dans ses couvertures et, plaçant un in-folio sur ses genoux, il travaillait sur ce pupitre improvisé pendant des journées entières. Grâce à ce genre de vie, à cette assiduité qu'aucune distraction ne venait interrompre, M. Du Caurroy fit, dans l'étude du Droit, des progrès tellement rapides que, deux ans après, il commençait à pouvoir donner des répétitions à ses camarades.

M. Du Caurroy fut reçu licencié en 1809, et docteur au mois de mars 1811. A partir de ce moment, sa position devint meilleure. Le produit de ses répétitions suffisait à ses

besoins. Il s'était fait, en outre, recevoir au barreau et déjà les encouragements les plus flatteurs avaient accueilli ses débuts. S'il eût voulu se livrer sérieusement à la pratique des affaires, il eût certainement pu conquérir au Palais une situation brillante, mais sa vocation l'entraînait principalement du côté de la théorie. Déjà, en 1813, à l'âge de vingt-cinq ans, il avait fait paraître les *Institutes de Justinien nouvellement traduites*, avec notes et renvois. C'était un premier essai auquel des travaux plus importants devaient ultérieurement se rattacher.

Dès cette époque, en effet, M. Du Caurroy s'était élevé contre les méthodes suivies dans l'enseignement du droit romain ; il s'indignait de voir substituer à l'étude des textes originaux celle de cahiers et de manuels, dont le moindre tort était de perpétuer la routine et d'encourager la paresse. — « Je n'ai jamais conçu, disait-il dans une de ses pre- » mières publications, la connaissance du droit séparée de » la connaissance des textes, et les lois romaines, plus que » toutes autres, me paraissent devoir être étudiées sur l'ori- » ginal. » Ce fut la pensée de toute sa vie et la source première des réformes qu'il contribua si puissamment à faire entrer dans l'école.

M. Du Caurroy s'était donc déjà fait un nom dans la science lorsqu'en 1819 un concours s'ouvrit pour une chaire de droit romain devant la Faculté de Paris. Si le nombre des concurrents n'était pas considérable, en revanche leur talent, déjà connu, promettait une lutte sérieuse et brillante. C'étaient MM. Blondeau, Demante, Du Caurroy, Duranton, de Portetz, etc. La chaire fut en effet vivement disputée,

M. Blondeau, qui depuis cinq ans la remplissait par *intérim*, l'obtint d'une manière définitive, et M. Demante fut nommé suppléant à sa place. Quant à M. Du Caurroy, dont les épreuves avaient été généralement remarquées, il reçut, peu de temps après, la lettre suivante :

« 11 décembre 1819.

» Je m'empresse de vous annoncer, Monsieur, que la » commission vient de vous nommer suppléant à la fa- » culté de Droit de Paris. Les preuves de connaissances et » de talent que vous avez données au dernier concours » avaient fixé son attention, et elle est très satisfaite » qu'il se soit présenté sitôt une occasion de vous donner » une marque de ses sentiments.

» Recevez, etc.,

» Le Président de la commission de l'Instruction pu- » blique,

» Signé, Georges Cuvier. »

Cette lettre était doublement flatteuse, et par la nouvelle qu'elle contenait et par le nom de son signataire, bon juge assurément en fait de mérite, et dont l'éloge était à lui seul un titre précieux. En nommant, au surplus, M. Du Caur-

roy professeur suppléant, Georges Cuvier avait sur lui d'autres vues qu'il s'empressa de réaliser dès l'année suivante (1820), en lui confiant la seconde chaire de droit romain.

M. Du Caurroy n'avait encore que trente-deux ans lorsqu'il fut nommé professeur en titre, mais ses travaux antérieurs l'avaient mis dès lors à la hauteur de ses fonctions. L'étendue de son savoir, la sûreté de sa méthode et la facilité de son élocution devaient bientôt attirer autour de lui les élèves et grandir promptement sa réputation. Il n'était, d'ailleurs, pas homme à s'endormir sur de premiers succès et à tracer une fois pour toutes le cadre de son enseignement. Jamais, au contraire, il ne répéta sans examen nouveau les doctrines qu'il avait précédemment émises ; et maintes fois il lui arriva de condamner loyalement, lui-même, ce qu'il avait pris d'abord pour la vérité.

Les *Institutes expliquées* pourraient être, à cet égard, le sujet d'une étude intéressante et curieuse. A chaque édition nouvelle on croirait voir un nouvel ouvrage, tant la rédaction précédente a été modifiée, corrigée, refondue dans l'intervalle.

Publiées pour la première fois (1), en 1822, avec

(1) Nous ne croyons pas, en effet, devoir tenir compte d'un opuscule imprimé sous le même titre en 1819 (Paris-Compère, lib. éd., 1 vol. in-12), et dont M. Du Caurroy se trouva si peu satisfait qu'il fit mettre immédiatement l'édition entière au pilon. C'est à cette exécution volontaire que M. Du Caurroy faisait allusion deux ans après dans la *Thémis*, lorsque, résumant ses observations critiques sur un *Traité de droit civil romain par demandes et réponses*, il conseillait à l'auteur la suppression de son livre et ajoutait : « ce ne serait pas le premier volume in-12 que son » auteur aurait *volontairement* mis à la rame. Il est vrai que celui dont je pourrais

une remarquable introduction de Jourdan, de regrettable mémoire, les *Institutes expliquées* eurent une seconde édition dès 1826. Trois autres éditions parurent successivement en 1829, 1832 et 1836. L'ouvrage n'embrassait originairement qu'une partie des *Institutes;* il s'était peu à peu complété et formait alors trois volumes, outre un appendice spécialement consacré aux actions; mais en 1841, au moyen de changements introduits dans la distribution des matières, M. Du Caurroy ramena la sixième édition aux proportions de la première, c'est-à-dire à deux volumes seulement.

Jusqu'alors, la traduction et l'explication des *Institutes* avaient été l'objet de publications distinctes et tout à fait indépendantes l'une de l'autre. N'était-ce pas un tort, surtout de la part de celui qui, depuis vingt-cinq ans, avait constamment lutté pour ramener la jeunesse à l'étude des sources originales?

Une autre observation avait également été soumise à M. Du Caurroy. Les innombrables citations contenues dans son ouvrage avaient, sans doute, le mérite de faciliter les recherches et de justifier ses propositions; mais, en même temps, elles présentaient un grave inconvénient, celui d'interrompre à chaque instant la phrase et de lui retirer sa clarté. M. Du Caurroy n'hésita pas à en convenir : c'était déjà beaucoup pour un auteur, mais il fit plus encore. Les observations

---

» citer le sacrifice, n'était point un traité, ni surtout un traité par demandes et » réponses. » (*Thémis*, t. III, p. 470, article pseudonyme portant à tort la signature Bourlet au lieu des initiales A. T. H. Voyez la table de ce volume.)

dont il avait reconnu la justesse n'exigeaient rien moins qu'un remaniement complet de deux ouvrages, c'est-à-dire un travail considérable; mais que lui importait le travail lorsqu'il s'agissait d'améliorer ! Il se mit donc résolument à l'œuvre, et, peu de temps après, en 1846, il put offrir à la fois aux étudiants, sans excéder le nombre de deux volumes, le texte, la traduction et l'explication des *Institutes*, réunis et classés suivant l'ordre des titres. Quant aux citations renvoyées désormais au bas des pages, elles conservaient toute leur utilité sans nuire à la clarté du style.

Après avoir ainsi recommencé sept fois l'exposé de ses doctrines, tout autre que M. Du Caurroy aurait cru pouvoir songer enfin au repos. Pour lui, à peine avait-il publié la septième édition de son commentaire, qu'il s'occupait déjà de corrections nouvelles en vue de l'édition future, celle qui s'imprime en ce moment. Les *Institutes expliquées* auront donc eu, dans un espace de vingt-huit ans, de 1822 à 1850, huit éditions successives, sans parler des contrefaçons étrangères. Jamais, au surplus, succès ne fut plus légitime : car jamais aucun auteur ne se dévoua plus complétement que M. Du Caurroy aux véritables intérêts de la science. Si l'on veut apprécier ce qu'il a fait pour l'enseignement, on n'a qu'à reporter ses souvenirs à trente-cinq années en arrière, et à voir ce qui se passait alors dans le sein même de l'école. Pour la masse des étudiants, le Code civil était tout, et, depuis sa promulgation, la connaissance des lois romaines n'offrait plus qu'un intérêt de curiosité. Les plus studieux n'allaient guère au delà des opuscules de Lorry, de Ferrières ou de Delusseux, et, quant au *Corpus*

juris, c'est à peine si quelques uns s'avisaient d'y recourir.

Tel était le triste abaissement des études juridiques, lorsqu'une société de jeunes docteurs entreprit de les relever. C'est dans ce but que fut créée *la Thémis*. M. Du Caurroy fut un des fondateurs et resta pendant huit années un des rédacteurs les plus assidus de ce recueil. Outre les dissertations sérieuses qu'il y fit successivement paraître, et dont quelques unes eurent, à l'origine, un grand retentissement, rarement il laissa passer un numéro sans y insérer quelque article de polémique légère, au bas duquel il dédaignait de mettre sa signature, mais où l'on reconnaissait aisément le cachet particulier de son style. Grâce au zèle, à l'érudition, au talent de ses rédacteurs, *la Thémis* exerça, sur l'enseignement du droit, une influence considérable. A l'exception de Jourdan, ses principaux fondateurs, MM. Blondeau, Demante et Du Caurroy ne tardèrent pas, d'ailleurs, à entrer dans l'école, et à pouvoir joindre ainsi désormais à l'autorité de leurs écrits l'action plus efficace et plus directe du professorat.

Presque au même moment, une circonstance inattendue venait seconder merveilleusement leurs efforts : nous voulons parler des précieuses découvertes de Niebuhr et de M. Mai. La publication des *Institutes de Gaïus*, en 1821, et celle des *Fragmenta Vaticana*, en 1823, renversèrent bien des systèmes, démentirent bien des conjectures, et démontrèrent plus que jamais la nécessité d'étudier le droit sur les textes. M. Du Caurroy fut un des premiers à profiter de ces découvertes, qui, depuis lors, firent constamment partie de son enseignement ; il en fit même imprimer

plusieurs fois le recueil *ad usum prælectionum*, dans un petit volume publié sous le titre de *Juris civilis enchiridium*.

Ces travaux divers avaient occupé M. Du Caurroy pendant vingt-sept années de professorat, lorsque, en 1846, il entreprit d'exécuter sur le Code civil un travail analogue à celui qu'il avait accompli sur les *Institutes*. Son but était d'offrir aux élèves un livre élémentaire qui, sans excéder les proportions de leurs ressources, pût néanmoins les guider sûrement dans leurs études. Il s'adjoignit, pour la rédaction de cet ouvrage, deux de ses collègues, auxquels il portait autant d'affection que d'estime, MM. Bonnier et Roustain. Leur active collaboration avait déjà permis de publier un premier volume au commencement de 1848, lorsqu'éclatèrent des événements dont les suites devaient être fatales à M. Du Caurroy.

Il s'occupait habituellement fort peu de politique, mais ce qui se passa dans Paris à la suite de la révolution de février ne pouvait manquer d'agir sur son organisation essentiellement irritable et nerveuse. Bientôt survint l'insurrection de juin, pendant laquelle il courut les plus graves dangers et vit son propre appartement envahi par l'émeute. On ne traverse pas impunément des émotions de cette nature, et, malgré l'énergie de son caractère, ou plutôt à cause de cette énergie même, M. Du Caurroy devait en ressentir fortement le contre-coup.

Une autre et plus grande épreuve lui était encore réservée. Son fils unique, jeune homme de grande et légitime espérance, qui, déjà reçu licencié, allait bientôt obtenir le grade de docteur, lui fut enlevé l'année suivante à l'âge de vingt-

cinq ans par une longue et cruelle maladie. Cette perte, qui brisait tous ses projets d'avenir, fut affreuse pour M. Du Caurroy. Vainement s'efforça-t-il de vaincre sa douleur, il ne réussit qu'à la comprimer en lui-même et à lui donner ainsi plus de force. Vainement aussi chercha-t-il, dans le travail, la seule distraction qui lui fût désormais permise. L'ardeur qu'il y apporta vint elle-même aggraver le mal. Au mois de mai de cette année, de premiers accidents alarmèrent sa famille. Personne ne supposait néanmoins qu'ils fussent de nature à inspirer des craintes immédiates, lorsque, le 28 juin dernier, au moment où il faisait au Luxembourg sa promenade habituelle, M. Du Caurroy, fut tout à coup frappé, pour ne plus se relever. Une heure auparavant il corrigeait encore les épreuves du second volume de son *Commentaire sur le Code civil.*

M. Du Caurroy n'avait que soixante-deux ans. Il pouvait promettre encore bien des années à la science. Mais si sa carrière fut trop courte, il a du moins eu l'avantage de ne pas se survivre à lui-même et de disparaître dans toute la vigueur de son talent.

Nous ne croyons pas faire injure au successeur, encore inconnu, de M. Du Caurroy en disant que la perte de ce dernier se fera longtemps sentir dans la faculté de Paris. Ce que nous pouvons affirmer, en tout cas, c'est que cette perte laissera de sincères et profonds regrets dans le cœur de tous ceux qui ont eu le bonheur d'approcher M. Du Caurroy et de vivre dans son intimité, car jamais homme ne fut plus loyal envers tous, plus dévoué pour ses amis, plus généreux pour ses adversaires. Nul ne posséda, à un

plus haut degré, le sentiment du devoir; nul n'apporta plus d'abnégation et d'énergie au soutien de toutes les causes justes et honnêtes, et ne se montra plus constamment fidèle à ce grand principe du droit et de la morale : *Fais ce que dois, advienne que pourra!*

P.-H. Templier,
avocat à la Cour d'appel de Paris.

15 octobre 1850.

INSTITUTES DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

PROŒMIUM.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

Imperator Cæsar FLAVIUS JUSTINIANUS, Alamanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, pius, felix, inclytus, victor ac triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari; et princeps romanus victor existat non solum in hostilibus præliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

1. Quorum utramque viam cum summis vigiliis summaque providentia annuente Deo perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt, et tam Africa quam aliæ numerosæ provinciæ, post tanta temporum spatia nostris victoriis a cœlesti numine præstitis iterum ditioni romanæ nostroque additæ imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus jam a nobis promulgatis vel compositis reguntur.

2. Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam

CONSTITUTION PRÉLIMINAIRE.

AU NOM DE NOTRE-SEIGNEUR JÉSUS-CHRIST.

L'empereur César FLAVIEN JUSTINIEN, vainqueur des Alemans, des Goths, des Francs, des Germains, des Antes, des Alains, des Vandales, des Africains, pieux, heureux, renommé, triomphateur, toujours Auguste, à la jeunesse amie des lois, salut.

La majesté impériale doit s'entourer et de l'éclat des armes et de la force des lois, afin qu'en tout temps, soit pendant la guerre, soit pendant la paix, l'État puisse être bien gouverné, et que le prince ne reste pas seulement vainqueur dans les combats, mais écarte aussi par les voies légales les iniquités de la chicane : religieux observateur de la justice, et triomphateur des ennemis vaincus.

1. Ce double but, à force de travaux et de soins, avec l'aide de Dieu, nous l'avons atteint. Les nations barbares réduites sous notre joug connaissent nos exploits guerriers ; nous en avons pour témoins l'Afrique et tant d'autres provinces, qu'après un si long intervalle, nos victoires, bienfaits de la protection divine, ont rendues à la domination romaine et à notre empire. Enfin, tous nos peuples sont régis par des lois que nous avons ou promulguées ou mises en ordre.

2. Après avoir placé dans une harmonie parfaite les institutions impé-

riales, auparavant confuses, nous avons porté nos soins sur les innombrables volumes de l'ancienne jurisprudence ; et dans cette entreprise désespérée, voguant pour ainsi dire à pleines voiles, déjà la faveur du ciel nous a conduit au but.

ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina ; et opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

3. Ce travail, grâce à Dieu, terminé, nous avons convoqué Tribonien, personnage éminent, grand maître, et ex-questeur de notre palais, conjointement avec Théophile et Dorothée, personnages illustres et antécesseurs, qui nous avaient tous, en plusieurs occasions, prouvé leur habileté, leur connaissance des lois et la fidélité de leur obéissance. Nous les avons spécialement chargés de composer, sous notre autorité et d'après nos instructions, des Institutes, afin qu'au lieu de chercher les premiers éléments du droit dans de vaines antiquités, vous les trouviez à la lumière du trône impérial, et afin de ne présenter, soit à vos oreilles, soit à vos esprits, rien d'inutile, rien de déplacé, mais ce qui s'observe dans la pratique même des affaires. Jusqu'ici, quatre années suffisaient à peine à vos devanciers pour arriver à la lecture des constitutions impériales ; mais vous, c'est par là que vous commencerez : car tel est l'honneur dont on vous croit dignes, telle est la faveur dont on vous comble, que les premières et les dernières leçons dans l'étude des lois émaneront pour vous de la bouche du prince.

3. Cumque hoc Deo propitio peractum est : Triboniano viro magnifico, magistro et ex-quæstore sacri palatii nostri, necnon Theophilo et Dorotheo, viris illustribus, antecessoribus nostris (quorum omnium solertiam et legum scientiam et circa nostras jussiones fidem jam ex multis rerum argumentis accepimus), convocatis, mandavimus specialiter ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus institutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere ; et tam aures quam animæ vestræ nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat.

4. Aussi, dès que les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes, recueil complet de l'ancien droit, ont été achevés par les soins du même Tribonien, personnage éminent, et par ceux de plusieurs autres savants, personnages illustres, nous avons fait diviser en quatre livres ces mêmes Institutes, qui formeront les premiers éléments de toute la science des lois.

4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collatum est, quos per eumdem virum excelsum Tribonianum necnon ceteros viros illustres et facundissimos confecimus, in hos quatuor libros easdem institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

5. On y a brièvement exposé les

5. In quibus breviter expositum

est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum est.

6. Quas ex omnibus antiquorum institutionibus, et præcipue ex commentariis Gaii nostri tam Institutionum quam rerum cottidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres prædicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

7. Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rem publicam in partibus ejus vobis credendis gubernari.

D. CP. XI calend. decembris, D. Justiniano PP. A. III Cons.

principes de l'ancien droit et ceux qui, plus tard, obscurcis par désuétude, ont été, par l'autorité impériale, replacés dans un nouveau jour.

6. Ces Institutes, tirées de toutes celles qu'ont laissées les anciens, principalement de deux ouvrages de notre Gaïus, de ses Institutes et de son Journal, ainsi que de plusieurs autres ouvrages, nous ont été présentées par les trois jurisconsultes déjà nommés : nous les avons lues, nous les avons méditées, et leur avons donné toute la force qui appartient à nos constitutions.

7. Recevez donc avec empressement et avec zèle la loi que nous vous présentons. Travaillez à vous instruire, et vous concevrez la noble espérance de pouvoir aussi, après avoir achevé l'étude des lois, participer au gouvernement de notre empire dans les fonctions qui vous seront confiées.

Donné à Constantinople, le onze des calendes de décembre, sous le troisième consulat de l'empereur Justinien toujours Auguste.

L'explication de ce *prooemium* se trouve après celle du titre II dans un appendice [30 et suiv.]

LIVRE PREMIER.

TITRE I.

DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

La justice est la volonté ferme et perpétuelle de faire droit à chacun.

1. La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste.

2. Après ces notions générales, en commençant à exposer le droit du peuple romain, nous croyons que la méthode la plus avantageuse est de suivre d'abord une marche simple et facile, pour revenir ensuite, par une explication plus soignée, plus précise, à l'examen des détails. Autrement, si, dès les premiers pas, lorsque l'esprit de l'étudiant est encore novice et indécis, nous l'accablons sous la multitude et la variété des matières, de deux choses l'une, ou nous lui ferons déserter l'étude, ou bien, augmentant son travail, et souvent même une défiance qui presque toujours détourne la jeunesse, nous le conduirons plus lentement au but où, guidé par une route plus facile, il aurait pu, sans fatigue et sans aucune défiance, arriver plus promptement.

3. Les préceptes du droit sont: vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun le sien.

LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

1. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

2. His igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine aut varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

3. Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

4. Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato quod tripertitum est; collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium aut civilibus.

4. Cette étude se divise en deux branches : le droit public et le droit privé. Le droit public tient à la constitution de l'empire romain; le droit privé s'occupe des intérêts particuliers. Ce dernier a une triple origine; il se compose de préceptes empruntés au droit naturel, au droit des gens et au droit civil.

EXPLICATION.

PR.

1. Attribuer à chacun ce qui lui appartient, telle est la volonté de l'homme juste. Seule et dépourvue des moyens de distinguer ce qui véritablement appartient à chacun, cette volonté n'atteindrait pas son but; ce ne serait pas même une véritable volonté, si elle ne cherchait pas à connaître ces moyens.

Ainsi donc, pour attribuer à chacun ce qui lui appartient, trois choses sont nécessaires : la volonté ou la justice, les moyens de distinguer ou le droit, et la connaissance de ces moyens ou la jurisprudence. De là les définitions qu'Ulpien[1] va fournir à Justinien.

2. La volonté qui constitue la justice doit être ferme (*constans*), insurmontable dans sa résistance, irrésistible dans son action; c'est en outre une volonté durable (*perpetua*). Elle doit être forte et doit l'être sans cesse.

§ I et II.

3. Justinien définit ici la jurisprudence, ou plutôt le droit, car *jurisprudentia* ne signifie rien autre chose que la connaissance du droit. Dire en quoi consiste cette connaissance, c'est dire en quoi consiste le droit même, sauf cette différence que le droit, *ars boni et æqui* [2], est une science abstraite (*ars*) dont la connaissance acquise (*scientia*, *notitia*) constitue la *jurisprudentia*.

Le droit n'est pas la science universelle, et s'il s'occupe des

[1] *Fr. 10, h. t.* — [2] *Ulp. fr. 1, pr., h. t.*

choses divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum*), ce n'est que sous un seul rapport et dans un seul but, pour distinguer en elles le juste de l'injuste, *æquum ab iniquo... licitum ab illicito* (1). Ainsi, lorqu'on dit que les choses divines et humaines sont l'objet du droit, on n'entend pas dire qu'elles rentrent exclusivement dans le domaine de cette science : les jurisconsultes ne sont pas seuls appelés à connaître les choses divines et humaines, mais ils doivent connaître les unes et les autres sous un rapport qui distingue la science du droit de toute autre, et lorsqu'on ajoute *justi atque injusti scientia*, c'est pour préciser ce rapport. Connaître le droit ce sera donc connaître ce qui est juste ou injuste dans les choses divines, comme dans les choses humaines.

Après ces notions générales, Justinien promet d'exposer les principes du droit, *levi ac simplici via*. Nous verrons comment il a rempli cette promesse.

§ III.

4. Pour séparer le juste de l'injuste, le droit établit des préceptes auxquels se rattache une distinction importante. Si j'ai emprunté, je dois rendre ; si j'ai causé à tort un dommage, je dois le réparer : c'est là un devoir parfait dont l'accomplissement peut être exigé. Au contraire, quoique ce soit un devoir de rendre service, de faire l'aumône lorsqu'on le peut, nul n'est fondé à en exiger l'accomplissement. Il existe donc des devoirs imparfaits, dont on ne doit compte qu'à Dieu seul (2). Ils sont tous renfermés dans le premier précepte (*honeste vivere*) ; le second (*neminem lædere*), et le troisième (*suum cuique tribuere*), se rapportent aux devoirs parfaits.

5. De ces deux derniers préceptes, l'un dit plus que l'autre. Il ne suffit pas, en effet, de ne léser personne : la justice véritable suppose de plus une volonté active, attribuant à chacun ce qui lui appartient.

Le droit, pris en général, embrasse tous les devoirs, parfaits et imparfaits ; séparé de la morale, il se restreint aux premiers.

§ IV.

6. Tout homme a des devoirs non seulement envers chacun

(1) *Ulp. d. fr.* 1, § 1. — (2) Pothier, *Obligations*, I.

des autres hommes, mais aussi envers la société ou l'État, dont il est membre. De là une distinction entre le droit public et le droit privé. Le premier règle la constitution de l'État et les rapports de la société avec les membres dont elle se compose (*quod ad statum rei romanæ spectat*). Le droit privé, au contraire, règle les intérêts des particuliers entre eux (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

Le droit privé se divise en trois parties, et prend le nom de droit naturel, droit des gens ou droit civil, suivant que les préceptes dont il se compose se rapportent à tous les êtres animés, aux hommes en général, ou à chaque peuple en particulier ([1]).

([1]) V. *text. hic; Ulp. d. fr.* 1, §§ 2, 3 et 4, *h. t.*

TITULUS II.

DE JURE NATURALI, GENTIUM ET CIVILI.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri.

1. Jus autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius

TITRE II.

DU DROIT NATUREL, DU DROIT DES GENS ET DU DROIT CIVIL.

Le droit naturel est celui que la nature enseigne à tous les animaux, car ce droit n'appartient point exclusivement à l'espèce humaine : il est commun à tous les êtres animés qui naissent dans l'air, sur terre et dans la mer. De là dérive l'union des sexes, que l'homme appelle mariage; de là aussi la procréation des enfants et leur éducation. On remarque, en effet, que les notions de ce droit ne restent pas étrangères aux autres animaux.

1. Quant au droit civil et au droit des gens, voici comment ils se distinguent. Tous les peuples qui se gouvernent par des lois et des usages suivent un droit dont partie leur est propre, et partie commune avec tous les hommes : le droit que chaque peuple s'est

donné à lui-même est propre à la cité : on l'appelle droit civil, c'est-à-dire, droit particulier aux citoyens ; mais celui que la raison naturelle établit entre tous les hommes est généralement observé chez tous les peuples : on le nomme droit des gens, c'est-à-dire, droit commun à toutes les nations. Le peuple romain observe donc aussi un droit dont partie lui est propre, partie commune avec tous les hommes ; c'est une distinction que nous ferons ressortir chaque fois qu'elle se présentera.

civitatis proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur : quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

2. Le droit civil prend le nom du peuple qu'il régit : celui des Athéniens, par exemple. En effet, en parlant des lois de Solon ou de Dracon, on dit très bien le droit civil des Athéniens. Pareillement, le droit observé par le peuple romain s'appelle droit civil des Romains, ou droit quiritaire, qui est observé par les *Quirites* ; car les Romains ont pris de Quirinus le nom de *Quirites*. Mais lorsque nous parlons du droit, sans indiquer à quel peuple il appartient, c'est le nôtre que nous désignons, comme lorsqu'on dit le Poëte, sans ajouter d'autre nom, on désigne chez les Grecs, le grand Homère, chez nous, Virgile. Le droit des gens est commun à tout le genre humain : car, forcés par la nécessité et les besoins de la société, les hommes se sont créé certains droits. Des guerres s'étant élevées, à leur suite vinrent bientôt la captivité et la servitude,

2. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium : nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus quo populus romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur ; Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quotiens non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus : sicuti cum Poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est ; nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates se-

catæ et servitutes quæ sunt naturali juri contrariæ; jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.

institutions contraires au droit naturel, puisque primitivement, d'après ce droit, tous les hommes naissent libres. C'est aussi par ce droit des gens qu'ont été introduits presque tous les contrats, comme la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt, et tant d'autres.

3. Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto : ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus-consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

3. Chez nous le droit est écrit, ou non écrit : de même que, chez les Grecs, il y a des lois écrites, et d'autres non écrites. Sont du droit écrit, la loi, le plébiscite, le sénatus-consulte, les volontés du prince, les édits des magistrats, les réponses des prudents.

4. Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere; nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus. Plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. Sed et plebiscita, lata lege Hortensia, non minus valere quam leges cœperunt.

4. La loi était établie par le peuple romain sur la proposition d'un magistrat sénateur, d'un consul, par exemple. Le plébiscite était établi par les plébéiens, sur la proposition d'un magistrat plébéien, c'est-à-dire, d'un tribun. Les plébéiens diffèrent du peuple, comme l'espèce diffère du genre. En effet, le mot peuple désigne l'universalité des citoyens, les patriciens et les sénateurs compris; mais le mot plébéien désigne les citoyens qui ne sont ni patriciens ni sénateurs. Au reste, les plébiscites, depuis la loi Hortensia, n'ont pas eu moins de force que les lois.

5. Senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus romanus in eum modum, ut difficile esset

5. Le sénatus-consulte est ce que le sénat ordonne et établit. En effet, le peuple romain s'étant accru au point qu'il était difficile de le convoquer et de le réunir

pour sanctionner la loi, il parut convenable de consulter le sénat au lieu du peuple.

6. La volonté du prince a aussi force de loi, puisque, par la loi Regia qui a statué sur l'autorité de l'empereur, le peuple lui a transporté la plénitude de sa puissance et de son autorité: ainsi tout ce que l'empereur établit par un rescrit, tout ce qu'il décide en connaissance de cause, ou ordonne par un édit, fait indubitablement loi; c'est là ce qu'on nomme constitutions. Quelques unes sont personnelles et ne servent point d'exemple, parce que telle n'est pas la volonté du prince. En effet, la récompense qu'il donne pour services rendus, la punition qu'il inflige, le secours extraordinaire qu'il accorde, s'arrêtent à la personne. Les autres constitutions étant générales, sont obligatoires pour tous sans aucun doute.

7. Les édits des préteurs ont aussi une grande autorité. Le droit qui en dérive se nomme encore droit honoraire, parce que c'est aux magistrats revêtus des honneurs qu'il doit son autorité. Les édiles curules publiaient, sur certains objets, un édit qui fait également partie du droit honoraire.

8. Les réponses des prudents sont les décisions et avis de ceux qui avaient mission de constituer le droit. D'anciennes institutions

in unum eum convocari legis sanciendæ causa, æquum visum est senatum vice populi consuli.

6. Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit. Quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat: hæ sunt quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

7. Prætorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hæc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et ædiles curules edictum de quibusdam causis, quod edictum juris honorarii portio est.

8. Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus

institutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur : quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.

voulaient en effet que le droit eût ses interprètes officiels, qui recevaient du prince le droit de répondre : on les appelait jurisconsultes. Telle était, lorsqu'ils se trouvaient unanimes, l'autorité de leurs décisions et avis, que le juge ne pouvait, d'après les constitutions, s'écarter de leur réponse.

9. Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit : nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

9. Le droit non écrit est celui que l'usage a établi ; car des coutumes anciennes, approuvées par le consentement qu'on y donne en les observant, tiennent lieu de lois.

10. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur : nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedemonii quidem magis ea quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent ; Athenienses vero, ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

10. Ce n'est pas sans raison que le droit civil se trouve divisé en deux espèces. Son origine semble puisée dans les institutions de deux cités, Athènes et Lacédémone ; car les Lacédémoniens avaient pour habitude de confier de préférence à la mémoire les règles qui servaient de loi ; les Athéniens, au contraire, d'observer les règles qu'ils avaient consignées par écrit dans leurs lois.

11. Sed naturalia quidem jura quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

11. Le droit naturel qu'observent également toutes les nations, établi par une sagesse divine, se maintient toujours ferme et immuable ; mais celui que chaque cité s'est donné à elle-même change fréquemment, soit par le consentement tacite du peuple, soit par la promulgation d'une loi nouvelle.

EXPLICATION.

PR.

7. Il existe des préceptes qui semblent n'être pas exclusivement propres au genre humain. Sur tout le globe, les sexes s'unissent, les espèces se reproduisent, les nouveaux-nés reçoivent de ceux qui leur ont donné l'existence les soins nécessaires pour la soutenir, et ne sont abandonnés à eux-mêmes que lorsqu'ils se trouvent en état de pourvoir à leurs besoins. L'union des sexes, la procréation des enfants et les soins qu'ils exigent, imposent des devoirs, et pour connaître ces derniers, ou du moins pour les pratiquer, l'intelligence humaine n'est pas nécessaire : il suffit de l'instinct animal. Ces devoirs et les préceptes d'où ils dérivent composeraient donc un droit dont tous les êtres animés semblent instruits par la nature même. Ce droit est celui qu'Ulpien [1], et après lui Justinien, appellent ici droit naturel.

Cependant Ulpien ne reconnaissait dans les brutes aucun sentiment du droit, et par conséquent aucune idée du devoir. Le droit, suivant ce jurisconsulte, ne peut jamais être considéré comme transgressé par un animal *quod sensu caret* [2]. Pourquoi donc attribuer aux animaux la connaissance d'un droit qui leur serait commun avec l'homme ? Cujas [3] prétend que telle n'a point été l'idée d'Ulpien ; mais il est difficile d'expliquer autrement les termes qu'il emploie.

Quoi qu'il en soit, et de quelque manière qu'ils aient entendu la définition d'Ulpien, les rédacteurs des Institutes ne s'occuperont plus des préceptes communs à tous les êtres animés. Désormais ils confondront le droit naturel avec le droit des gens, qui est exclusivement propre au genre humain [4], et que nous distinguons ici du droit civil.

§ I.

8. En effet, le droit n'est pas le même pour tous les peuples, et cependant chez aucun il ne diffère totalement de ce qu'il est chez un autre. Ainsi, dans les lois d'un pays, on distingue toujours une partie applicable même aux étrangers, parce qu'elle se rapporte à l'espèce humaine en général, et une autre partie

(1) *Fr.* 1, § 3, *de just. et jur.* — (2) *Pr., si quadr. paup.; Ulp. fr.* 1, § 3, *eod.* — (3) *Not. ad instit.* — (4) V. § 11, *h. t.;* § 11, *de div. rer.*

propre aux citoyens de ce pays. De là vient la distinction du droit des gens et du droit civil : le premier, commun à tous les hommes (*a*) ; le second, particulier aux membres d'une même cité (*proprium civitatis*), parce que chaque peuple l'établit pour soi-même (*sibi*), en modifiant le droit commun par l'addition ou la suppression de quelque précepte [1]; car une règle du droit commun, sanctionnée dans telle ou telle cité, notamment à Rome par la loi des Douze Tables, ne cesse pas pour cela d'appartenir au droit des gens [2].

§ II.

9. Évidemment, d'après ce qui précède, il existe autant de droits civils que de cités différentes ; le droit des gens, au contraire, est un pour tous, et chaque personne peut en invoquer les dispositions, soit envers ses concitoyens, soit envers les membres d'une autre cité, sans distinction. En effet, ce droit existe entre tous les hommes, ou tel qu'il est donné par la nature même, ou modifié par des usages universels.

Indépendamment des préceptes dont se compose le droit naturel, dans le sens où on l'a pris ci-dessus, l'homme instruit par la nature sait qu'il doit adorer Dieu, aimer ses père et mère, ainsi que sa patrie, et qu'il a droit de se défendre contre une injuste agression [3]. Cette partie du droit des gens a été nommée par les interprètes droit des gens primaire, parce qu'elle est antérieure à d'autres préceptes qui forment un droit des gens secondaire. En effet, dès que les hommes ont commencé à vivre en société, de nouveaux besoins ont créé de nouveaux rapports : de là sont nés la distinction des propriétés, le commerce, les échanges, et presque tous les contrats (*b*).

C'est ainsi que les hommes, *usu exigente et humanis necessitatibus*, ont établi certaines institutions qui ne dérivent pas immédiatement de la raison naturelle, mais qui en sont des consé-

(1) *Ulp. fr.* 6, *pr.*, *de just. et jur.* — (2) § 41, *de div. rer.* (3) *Pomp.* et *Florent.*, *fr.* 2 et 3, *de just. et jur.*

(*a*) Le droit des gens ou de l'espèce humaine, *omni humano generi commune* (§ 2, *h. t.*), est considéré ici comme droit privé. Il ne faut donc pas le confondre avec cette partie du droit public qu'on appelle aujourd'hui *droit des gens*, c'est-à-dire droit de nation à nation.

(*b*) *Omnes pene contractus* (*text. hic* ; *Hermog. fr.* 5, *de just. et jur.*). Plusieurs contrats, notamment la stipulation SPONDES, SPONDEO, et les *nomina transcriptitia*, sont du droit civil (*Gaïus*, 3 *inst.*, 93 et 133).

quences indirectes, puisque l'homme est appelé par la nature à vivre en société. Telle est l'origine du droit des gens secondaire. Quelquefois les principes de ce droit s'écartent entièrement de la raison naturelle : en effet, les différents peuples se sont fait la guerre, et les prisonniers sont devenus esclaves des vainqueurs. En considérant la servitude comme une institution du droit des gens, les Romains avouent du moins qu'elle est contraire au droit naturel (*naturali juri contrariæ*), c'est-à-dire au droit des gens primaire et à l'état primitif de l'homme, que la nature a créé libre ([1]).

10. Au surplus, cette distinction sur l'origine plus ou moins naturelle des différentes institutions qui appartiennent au droit des gens sera d'un faible usage dans nos explications : elle sera d'autant moins utile, qu'assimilant désormais le droit des gens et le droit naturel, Justinien attribue à ce dernier tout ce qui n'appartient pas au droit civil, notamment l'établissement et la transmission des propriétés ([2]), qui, sans dériver immédiatement des principes de la raison naturelle, ne s'en écartent pas autant que la guerre et ses conséquences.

Expliquer le droit romain, ce n'est pas expliquer uniquement le droit civil des Romains. Chez eux, comme partout ailleurs, le droit civil existe combiné avec le droit des gens, et l'étude de l'un se lie intimement à celle de l'autre. Cependant nous distinguerons fréquemment ce qui appartient soit au droit civil, soit au droit des gens, pour déterminer l'étendue de tel ou tel principe. En effet, le droit des gens s'appliquait entre tous les sujets de l'empire romain indistinctement, et le droit civil entre les citoyens romains seulement [99].

§ III.

11. Le droit civil se divise en droit écrit et droit non écrit. Cette distinction remonte aux institutions d'Athènes et de Lacédémone. Dans la première de ces deux républiques, aucune partie du droit civil ne devenait obligatoire sans avoir été rédigée par écrit, tandis que dans la seconde on confiait tout à la mémoire des citoyens ([3]).

Le sens primitif de cette distinction a été modifié ; la dénomination technique de droit écrit ou non écrit a servi à distinguer, dans le droit civil, deux parties, dont l'une est presque

([1]) *Pr., de libert.* — ([2]) § 11, *de div. rer.* — ([3]) § 10, *h. t.*

toujours écrite, tandis que l'autre ne l'est presque jamais, parce que la volonté générale qui en établit les principes se manifeste tacitement par des usages que les citoyens adoptent et confirment chaque jour en les observant. Ces anciens usages, ces coutumes (*diuturni mores*), de quelque manière qu'on les constate, forment le droit non écrit (1) et le droit écrit, au contraire, se compose des règles établies par une déclaration expresse de la volonté législative, lors même qu'elle serait promulguée sans le secours de l'écriture, comme l'ont été les lois de Lycurgue.

12. Chaque citoyen concourt à la formation du droit écrit, soit directement par son propre suffrage, soit indirectement par plusieurs représentants, ou même par un représentant unique qui réunit tous les pouvoirs. Ces différents modes de législation ont été successivement employés à Rome; et les actes de l'autorité législative ont pris les noms de loi, plébiscite, sénatus-consulte, constitution, suivant que cette autorité a été exercée par la masse des citoyens, par les plébéiens, par le sénat ou par le prince (2).

Certains magistrats par leurs édits, plusieurs jurisconsultes par leurs décisions, ont aussi contribué à la formation du droit écrit, dont les sources sont par conséquent au nombre de six.

§ IV.

13. Dans la création d'une loi on distingue deux parties: l'initiative ou présentation du projet, et son adoption par l'assemblée qui de ce projet fait une loi véritable. Le peuple n'a jamais eu l'initiative; les citoyens votaient seulement sur un projet qui leur était présenté par un de leurs magistrats, et que la majorité des suffrages transformait en loi. Toutefois cette majorité n'était pas celle des suffrages individuels : le vote de chaque citoyen concourait à former le vote général de sa curie ou de sa centurie, et l'on ne comptait ensuite pour ou contre la loi que le suffrage collectif de chaque curie ou de chaque centurie, suivant la manière dont le peuple se divisait pour voter dans les comices.

Dans les premières années de Rome, et sous Romulus même, les citoyens étaient répartis pour le vote des lois en trente curies (3), ou associations de familles, dont chacune avait un suf-

(1) § 9, *h. t.* — (2) *Pomp. fr.* 2, §§ 8, 9 et 11, *de orig. jur.* — (3) *Pomp. d. fr.* 2, § 2, *de orig. jur.*

frage (*a*). Servius Tullius établit parmi les citoyens romains une autre division : il les distribua, suivant la quotité des biens pour laquelle chacun était inscrit sur les tables du cens, en six classes formant entre elles cent quatre-vingt-treize centuries; dont quatre-vingt-dix-huit pour la première classe seulement, tandis que la dernière, composée des citoyens les plus pauvres, notamment de ceux qui ne portaient sur les tables du cens qu'un nom sans propriété, la dernière classe, dis-je, ne formait qu'une centurie, et n'avait qu'un suffrage sur cent quatre-vingt-treize. C'est ainsi que se votait, dans les comices, la loi (*lex*) proprement dite, ou le populiscite ([1]).

14. Dans les comices par centuries, on convoquait le peuple (*populus*), c'est-à-dire tous les citoyens, y compris les patriciens et les sénateurs, pour voter sur la proposition faite par un dictateur, par un préteur ou par un consul (*veluti consule*), avec l'autorisation spéciale du sénat ([2]). Il existait aussi des assemblées de comices par tribus (*b*), où les citoyens étaient tous admis, quoique les plébéiens fussent seuls convoqués pour voter individuellement sur une proposition dont l'initiative n'appartenait qu'aux tribuns. Le projet adopté dans ces dernières assemblées n'était pas une loi proprement dite, mais un plébiscite. Dans les comices par tribus, comme dans les comices par centuries, la présentation du projet se nommait *rogatio*, parce que le magistrat qui sollicitait l'approbation du peuple, ou celle des plébéiens, les priait de vouloir et d'ordonner ce qu'il leur proposait : *Rogo vos, Quirites, ut velitis, jubeatis.* C'est en ce sens que, dans les définitions de la loi et du plébiscite, notre texte emploie ici cette locution, *magistratu interrogante*, en attribuant l'initiative des plébiscites à un magistrat plébéien (*plebeio magistratu*), et celle des lois à un magistrat sénatorial (*senatorio magistratu*).

Les plébiscites, votés dans des comices où les plébéiens étaient seuls convoqués, n'eurent pas d'abord la même force que les lois proprement dites. Les patriciens, n'étant pas appelés aux

([1]) V. *Gravina, de orig. et progr. jur. civ.*, 11 et 28. — ([2]) *Tite-Live*, III, 12.

(*a*) Niebuhr, cité par M. Giraud dans son *Histoire du droit romain*, p. 50.

(*b*) Romulus avait divisé le peuple en trois tribus, comprenant chacune dix des trente curies. Le nombre des tribus augmenta successivement et fut porté à trente-cinq. La division par tribus n'a rien de commun avec les classes et centuries de Servius Tullius. Voyez cependant Gravina, *de orig. et prog. jur. civ.*, 10.

comices convoqués par tribus, ne se crurent pas soumis à leurs décisions. Cependant, pour apaiser les dissensions qui, en portant les plébéiens à se séparer des patriciens, leur avaient fourni l'occasion de se donner à eux-mêmes des lois particulières, et pour trancher les difficultés qui naissaient de leurs plébiscites, on crut devoir accorder à ces derniers la même force qu'aux lois proprement dites. Une première concession faite aux plébéiens, par la loi Horatia, en 305, sous le consulat de M. Horatius, avait été renouvelée par la loi Publilia, en 414, pendant la dictature de Publilius Philo, sans mettre fin à des dissensions que le dictateur Hortensius apaisa enfin, en 468, par la loi qui porte son nom. Dès lors les plébiscites prirent aussi le titre de lois, parce qu'ils avaient la même force que les lois proprement dites, et ne différaient des populiscites que par la forme dans laquelle ils étaient rendus (1).

§ V.

15. La loi proprement dite résultait de la volonté générale; les citoyens concouraient tous à sa formation. Les plébiscites au contraire n'émanaient que des plébéiens. De son côté le sénat statuait seul sur différents points d'administration publique, par des actes nommés sénatus-consultes; et comme les patriciens ne reconnaissaient pas l'autorité des plébiscites, réciproquement les plébéiens refusaient de se soumettre aux sénatus-consultes. Néanmoins, depuis la loi Hortensia, les patriciens ne résistant plus aux plébiscites, les plébéiens cessèrent de résister aux décisions du sénat (2). Plus tard, vers les derniers temps de la république et sous l'empire, le nombre des citoyens augmenta considérablement; le droit de cité fut accordé, hors de la ville de Rome et du territoire romain proprement dit, à des particuliers, à des villes entières. La convocation des plébéiens et, à plus forte raison, celle du peuple, devint chaque jour plus difficile, et ce fut une occasion dont le prince profita pour éviter la convocation des comices et pour y suppléer par une délibération du sénat (3).

Ce corps prit alors dans la législation une part toute différente de celle qu'il avait eue dans l'origine : il prit celle du peuple,

(1) *Pomp. d. fr. 2, § 8, de orig. jur.* — (2) *Theoph. hic.* — (3) *Æquum visum est, etc., text. hic. V. Pomp. d. fr. 2, § 9.*

dont il fut considéré comme le représentant, pour être consulté à sa place (*vice populi*) sur des projets dont le prince eut désormais l'initiative. La proposition de l'empereur (*oratio principis*) était transformée en sénatus-consulte par le suffrage des sénateurs. Il est sans exemple que ce suffrage ait été refusé. Aussi les jurisconsultes romains ne paraissent-ils faire aucune différence entre la proposition (*oratio*) et le sénatus-consulte même. Ils prennent indistinctement l'un pour l'autre ([1]).

16. L'autorité du sénatus-consulte fut assimilée à celle de la loi ; *legis vicem obtinet*, dit Gaïus ([2]), malgré les doutes qui ont existé à cet égard (*quamvis fuit quæsitum*), et qui d'ailleurs se trouvaient totalement dissipés au temps d'Ulpien ([3]). Peu à peu les empereurs cessèrent de consulter le sénat, mais sans le dépouiller expressément de la part qu'il avait dans la puissance législative. Justinien parle ici du sénat comme d'un corps dont l'autorité subsiste toujours (*jubet, constituit*) ; tandis que précédemment, à l'occasion des lois et des plébiscites, il a présenté l'autorité du peuple et des plébéiens comme n'existant plus (*constituebat*). Quelle qu'ait été l'intention de Tribonien en faisant cette différence, il importe d'observer qu'il n'en existe aucune trace dans Gaïus. Ce jurisconsulte définit la loi, et le plébiscite, comme si de son temps, c'est-à-dire sous le règne d'Adrien, le peuple et les plébéiens exerçaient encore la puissance législative. En effet, s'il est vrai que, sous les premiers empereurs, les lois soient devenues de plus en plus rares, et les sénatus-consultes de plus en plus fréquents, ce n'est là qu'une désuétude, c'est-à-dire un fait qui ne préjuge rien contre le droit des citoyens. Justinien est le premier empereur qui se soit positivement proclamé seul législateur : *in præsenti* dit-il, *leges condere soli imperatori concessum est* ([4]).

§ VI.

17. La volonté du prince a par elle-même force de loi (*legis habet vigorem*). Il faut remarquer même que l'on n'a jamais eu sur ce point aucun des doutes qui s'étaient élevés sur la force des sénatus-consultes. L'autorité législative du prince ne dérive donc pas de celle qu'avait obtenue le sénat. La puissance

([1]) V. §§ 7 et 8, *quib. mod. test. infirm.*; *Paul. fr.* 59 et 60, *de rit. nupt.*; *Ulp. fr.* 8, *de transact.*; *fr.* 32, *de donat. inter vir. et uxor.* — ([2]), *Gaïus*, 1, *inst.* 4. — ([3]) V. *fr.* 9, *de legib.* — ([4]) *Justin. C.* 12, *de legib.*

impériale repose sur une loi, *cum ipse imperator imperium per legem accipiat*.[1], et par conséquent de la volonté du peuple.

Ulpien [2], dont Justinien reproduit ici les paroles, dit quelque chose de plus. Il assure que par une loi nommée *Regia*, le peuple a transporté au prince la totalité de sa puissance, *omne imperium suum et potestatem*. Dans ce sens, il faudrait admettre qu'à partir de l'établissement de l'empire, le peuple se serait démis, une fois pour toutes, de l'autorité législative, qui se serait transmise de règne en règne aux successeurs d'Auguste. On oppose, d'une part, que plusieurs lois ont été rendues après l'établissement de l'empire; d'autre part, que les princes eux-mêmes auraient beaucoup tardé à user de la puissance qui leur était cédée, puisque l'empereur Adrien est, dit-on, le premier qui l'ait exercée. On tire de là un double argument contre l'assertion de Justinien, et par suite contre l'existence même de la loi Regia, en observant que l'identité de notre texte avec celui d'Ulpien ne permet pas de justifier l'un par l'autre, puisqu'ils nous viennent de la même source.

18. L'empereur Adrien n'est pas le premier qui ait exercé le pouvoir législatif : à la vérité, le Code de Justinien ne contient aucune constitution des princes antérieurs; mais le Digeste et les Institutes en relatent plusieurs qui remontent aux règnes de Claude, de Tibère, d'Auguste, et même jusqu'à César [3]. Les princes ont donc toujours eu l'autorité législative, sans que le peuple cessât absolument de l'exercer, soit par lui-même dans l'assemblée des comices, soit par le sénat qui le représentait. Cette autorité aurait donc été non pas précisément cédée, mais plutôt communiquée aux princes. C'est un pouvoir qu'ils ont d'abord partagé avec les comices et avec le sénat, et dont plus tard ils ont eu l'attribution exclusive.

Quelle que soit l'époque à laquelle ils ont obtenu ce résultat, il est certain que le prince recevait l'empire par une loi. A cet égard Gaïus semble indiquer, comme on l'avait déjà conclu de plusieurs témoignages, que le peuple conférait à chacun des princes les pouvoirs qu'avait eus son prédécesseur, en renouvelant au commencement de chaque règne la loi qui avait conféré à Octave le titre d'Auguste, le souverain pontificat, la

(1) *Gaïus*, 1, *Just.*, 5. — (2) *Fr.* 1, *pr.*, *de const. princ.* — (3) *Pr.*, *quib. non est perm.*; § 4, *de vulg. subst.*; § 1, *de sc. tertyl.*; *Ulp. fr.* 1, *pr.*, *de test. mil.*

puissance tribunitienne et toutes les fonctions qui, jointes au commandement militaire, constituaient sous un autre nom une véritable dictature. Cette loi, renouvelée pour plusieurs règnes, aura fini par n'avoir plus besoin de l'être expressément, quoiqu'elle fût toujours considérée comme la source et la base de l'autorité impériale (*a*).

19. Les actes émanés de la volonté du prince se nomment en général constitutions; mais, à proprement parler, ce titre n'appartient qu'aux rescrits, aux décrets et aux édits. Les rescrits ou lettres (*epistolæ*) sont des décisions que le prince donne sur des questions particulières, sans prendre connaissance des faits, en indiquant aux magistrats ou aux juges le parti qu'ils devront suivre dans une hypothèse qu'il sont chargés d'examiner et de vérifier (*b*). Quelquefois, au contraire, l'empereur entre dans l'examen des faits et prononce sur la cause qui lui est soumise, une sentence, un jugement définitif qui s'appelle décret (*cognoscens decrevit*). Des édits sont des ordres ou règlements que le prince donne de son propre mouvement et pour l'avenir, à la différence des rescrits et décrets qui statuent sur des difficultés ou sur des contestations déjà nées.

Les constitutions, quelle qu'en soit la forme, n'ont de force que par la volonté du prince, et de là résulte une distinction nouvelle ; car certaines constitutions statuent pour des cas particuliers, sans servir d'exemple pour les cas semblables, parce que telle n'est pas la volonté du prince (*quoniam non hoc princeps vult*). De ce nombre sont, par exemple, les constitutions qui infligent une punition extraordinaire, ou en sens inverse, celles qui accordent une faveur ou un avantage personnel ([1]).

Les constitutions qui s'appliquent spécialement à certaines personnes se nomment priviléges, c'est-à-dire lois privées, par opposition à celles dont l'effet général s'étend à tous les citoyens.

§ VII.

20. Lorsque les magistrats terminent par une sentence les affaires qui leur sont soumises, leur décision est, comme celle

([1]) § 6, *de hered. qualit.*

(*a*) Voyez dans l'*Histoire du droit romain* de M. Giraud (p. 225), la loi qui confère à Vespasien les pouvoirs antérieurement conférés à ses prédécesseurs.

(*b*) Plusieurs rescrits ont été conservés dans les Institutes. Voyez notamment

que le prince rendrait en pareil cas, un jugement définitif, et par conséquent un décret ([1]); mais la compétence des magistrats ne se borne pas à statuer sur les affaires à mesure qu'elles se présentent : plusieurs fonctionnaires, statuant même pour l'avenir, et par forme de règlement général, établissent les principes d'après lesquels la justice sera rendue pendant le cours de leur magistrature : tel est le but de leurs édits. Les plus célèbres et les plus importants sont les édits des deux préteurs qui rendaient la justice dans Rome, l'un aux citoyens, l'autre aux *perigrini*, d'où est venu au premier le nom de préteur urbain, par opposition au second qui se nommait *prætor peregrinus* ([2]). Quelques autres magistrats, et principalement les édiles curules, publiaient aussi des édits, mais seulement (*de quibusdam causis*) sur quelques branches spéciales d'administration (*a*).

21. Ces différents édits obtinrent une grande autorité (*non modicam juris auctoritatem*). Cette législation annuelle avait l'avantage de suivre facilement les progrès de la civilisation et de s'adapter à des mœurs qui, en s'éloignant peu à peu de l'ancienne rigidité, forçaient les magistrats de n'appliquer l'ancien droit qu'avec les modifications nécessitées par des rapports et des besoins nouveaux. Les édits des préteurs avaient quelquefois pour but d'assurer sur certains points l'exécution de l'ancien droit ([3]), mais le plus souvent ils ont servi à rectifier le droit primitif, *emendandi veteris juris gratia* ([4]).

Cependant les magistrats ne dérogeaient pas ouvertement à la loi, mais ils tempéraient indirectement sa rigueur ; ils en évitaient les conséquences au moyen de fictions dont l'importance et l'équité seront appréciées par les exemples que nous rencontrerons, beaucoup mieux que par une démonstration anticipée (*b*).

([1]) §§ 1 et 6, *de curat.* — ([2]) *Pomp. d. fr.* 2, §§ 27 et 28, *de orig. jur.* — ([3]) § 1, *de bon. possess.* — ([4]) *Pr., eod.*

---

§ 2, *de iis qui sui*; § 1, *de milit. testam.*; *pr.*, *de hered. inst.*; § 3, *quib. mod. test. infirm.*; § 1, *de eo cui libert.*

(*a*) Les Ediles avaient la police des rues, des places publiques et des marchés qui s'y tiennent. (V. § 1, *si quadr. paup.*; *Paul. fr.* 12, *de pericul. et commod.*; *Ulp. fr.* 13, § 8, *locat. cond.*). Ils ont publié sur les vices rédhibitoires, en cas de vente de bestiaux ou d'esclaves, un édit qui forme, au Digeste, la matière d'un titre particulier (liv. XXI, tit. 1). Voyez sur l'origine et l'objet de cette magistrature, Pomponius, *d. fr.* 2, §§ 21 et 26.

(*b*) Nous remarquerons, entre autres fictions, celles que les préteurs admettaient

Bientôt les édits prétoriens établirent des principes nouveaux, et formèrent en quelque sorte un droit distinct, jusqu'au moment où ces mêmes principes, confirmés par une longue pratique([1]), adoptés par les empereurs dans leurs constitutions([2]), ramenèrent la législation à un système plus doux et plus équitable([3]).

22. Dans l'origine, le magistrat qui avait publié un édit pouvait le changer et y déroger par un nouvel édit, qu'on appelait *repentinum.* La loi Cornelia, plébiscite proposé par C. Cornélius l'an de Rome 687, enleva aux magistrats cette faculté. Dès lors les édits furent tous perpétuels, c'est-à-dire immuables pendant la durée annuelle des fonctions de leur auteur ; mais l'année suivante, nul n'était contraint de maintenir l'édit de son prédécesseur. On le maintenait cependant parce que les préteurs, au lieu de faire chaque année un édit nouveau, adoptaient celui de l'année précédente, en le publiant avec les additions et corrections qu'ils jugeaient convenables.

Lorsque les édits ainsi transmis, renouvelés, augmentés ou corrigés, se furent accumulés pendant un certain nombre d'années, on sentit le besoin de refondre et de résumer en un seul édit tous les édits précédents. Ce travail fut exécuté plusieurs fois ([4]), et en dernier lieu sous le règne d'Adrien par un préteur célèbre, Salvius Julianus, l'un des premiers jurisconsultes de Rome. Son édit portait, comme les précédents, le titre d'édit perpétuel, mais dans un autre sens, suivant plusieurs auteurs. Si cet édit resta immuable, c'est, dit-on, parce qu'Adrien défendit qu'il y fût apporté aucun changement par les successeurs de Julien. Il est vrai que l'édit de Julien fut approuvé par un sénatus-consulte, et l'on ne connaît d'ailleurs aucune innovation introduite postérieurement dans le droit prétorien ; mais l'empereur Adrien n'aurait pu dépouiller les préteurs de leur ancienne autorité sans opérer un changement considérable dans la distribution des pouvoirs, et lorsqu'on voit tous les textes garder le silence sur ce point, il est permis de croire que l'édit de Julien fut appelé perpétuel dans le même sens que les précédents, quoique en fait il n'ait point été modifié.

([1]) *Usu hominum* ; § 3, *de test. ordin.* — ([2]) *Constitutionum emendationibus ; d.* § 3, *eod.* — ([3]) V. § 3 et 7, *de legit. agnat. success.* — ([4]) V. *Pomp. d. fr.* 2, § 44, *de orig. jur.*

---

pour conserver aux enfants émancipés la succession paternelle, dont ils se trouvaient exclus par la loi des Douze Tables. (V. §§ 9 et 12, *de hered. quæ ab intest.*)

23. On appelle droit prétorien celui qui résulte des édits des préteurs, et en général droit honoraire, celui qui dérive de l'autorité des magistrats, *qui honores gerunt*, par opposition au droit civil proprement dit, qui résulte non seulement des lois, plébiscites, sénatus-consultes et constitutions, mais aussi des réponses des prudents.

§ VIII.

24. Les jurisconsultes, autrement dits *prudentes*, interprètent les lois en exprimant des opinions qui n'ont par elles-mêmes aucune force légale, mais qui, adoptées et confirmées par l'usage, peuvent concourir à former cette partie du droit civil que nous appelons droit non écrit. Ce genre d'interprétation a existé dans Rome, dès que Rome eut des lois (1); et pour résoudre les questions que présentait leur texte, pour répondre lorsqu'on était consulté, il ne fallait d'abord aucune autorisation spéciale. Auguste restreignit cette liberté, et la faculté d'interpréter les lois devint un privilége, une faveur qu'il fallut obtenir du prince. Dès ce moment les jurisconsultes eurent pour répondre sur le droit une sorte de caractère public (2), et telle est probablement l'époque à laquelle Justinien se reporte ici, en déclarant qu'il y avait des personnes désignées pour répondre sur le droit, *ut essent qui jura publice interpretarentur.*

25. Il ajoute que leurs décisions, lorsqu'elles étaient unanimes (*quorum omnium*), devenaient obligatoires pour le juge; que ce point avait été ainsi réglé par les constitutions (*ut est constitutum*). Effectivement la décision des prudents avait force de loi (*legis vicem obtinet*) lorsqu'ils étaient tous du même avis; mais, dans le cas contraire, le juge restait libre de choisir l'opinion qu'il préférait; le tout ainsi que le déclare un rescrit d'Adrien (3). Dans ce sens, on conçoit que ceux à qui le prince avait permis d'enchaîner la liberté des juges pouvaient réellement *jura condere;* mais peut-on croire que cette portion de l'autorité législative résultât, pour tout jurisconsulte indistinctement, de la simple permission qui l'autorisait à répondre aux particuliers, *ut populo responderet* (4). Je le crois d'autant moins, que sous Adrien lui-même, cette dernière faculté semble n'être plus un privilége. Ce prince avait rendu à quiconque

(1) *Pomp. d. fr.* 2, § 5, *de orig. jur.* — (2) *Pomp. d. fr.* 2, § 47. — (3) *Gaius*, 1, *inst.*, 7. — (4) *Pomp. d. fr.* 2, § 47.

aurait confiance dans ses propres forces le droit de répondre librement au peuple ; mais plus Adrien se montre facile sur un semblable droit, moins on doit le confondre avec un pouvoir aussi important que celui de dicter aux juges leur sentence. D'ailleurs les prudents n'avaient ce pouvoir qu'à la condition d'être unanimes ; or cette condition suppose non seulement un nombre de personnes déterminé, mais un nombre très limité. Il est donc vraisemblable qu'il a existé pour les juges un comité consultatif, composé de jurisconsultes choisis par le prince ; que ceux-là seuls, remplissant une sorte de fonction publique avaient réellement le pouvoir de fixer le sens des lois (*jura condere*), tandis que les autres se livraient, avec ou sans autorisation, suivant les époques, à l'interprétation privée, et jouissaient seulement du droit de répondre aux particuliers, ce que Pomponius appelle *populo respondere* ([1]).

§ IX.

26. Le droit non écrit, comme nous l'avons déjà vu [**11**], résulte des usages que le consentement tacite du législateur laisse établir chez un peuple. A Rome, comme dans beaucoup d'autres cités, les usages ont eu sur la formation du droit civil une influence considérable. Nous remarquerons même qu'après l'expulsion des rois, en 244, la désuétude dans laquelle tombèrent toutes les lois portées sous leur gouvernement ne laissa subsister que des usages assez incertains, jusqu'à la loi des Douze Tables, publiée en 303 et 304 ([2]).

Les nouvelles lois eurent besoin d'interprétation. En cherchant à les expliquer, à en déterminer les principes, à en déduire les conséquences, les jurisconsultes se livrèrent à des discussions, connues sous le nom de *disputatio fori*, discussions dont le résultat servit à fixer entre eux plusieurs points importants. Leurs interprétations, adoptées dans la pratique et confirmées par l'usage du barreau, ont formé un droit non écrit auquel appartiennent plusieurs institutions, dont nous aurons occasion de parler ([3]). Cette partie du droit romain, n'ayant aucune dénomination particulière, conserve le nom générique,

([1]) V. *Thémis*, t. II, p. 17. — ([2]) V. *Pomp. d. fr.* 2, §§ 2-4, *de orig. jur.* — ([3]) V. les titres *de legit. patron. tut.* (liv. I, tit. 17) ; *de exhered. liber.* (liv. II, tit. 13) ; *de pupill. substit.* (liv. II, tit. 16) ; *de inoff. test.* (liv. II, tit. 18) ; *de adquisit. per adrog.* (liv. III, tit. 10).

et s'appelle droit civil dans le sens le plus restreint de tous. Effectivement, le droit civil, pris par opposition au droit des gens, embrasse tout ce qui est particulier aux citoyens romains et même les édits des magistrats, qui au contraire ne font point partie du droit civil lorsqu'on oppose ce dernier au droit honoraire ; enfin, dans une acception plus étroite, le droit civil n'est plus qu'une des parties constitutives du droit romain, celle qui résulte uniquement de l'interprétation des jurisconsultes ([1]).

§ X.

27. Sans revenir ici sur la distinction précédemment expliquée [11], du droit écrit et du droit non écrit, remarquons que, suivant Justinien, le droit civil romain tire son origine des institutions grecques d'Athènes et de Lacédémone. En effet, le droit civil repose principalement sur la loi des Douze Tables, et l'on a souvent répété que, pour mieux préparer la rédaction de cette loi fondamentale, des députés avaient été envoyés de Rome en Grèce avec mission d'y étudier les lois de Solon et de Lycurgue ; mais comme le fait de cette députation est aujourd'hui révoqué en doute, je me bornerai à exposer sur la loi des Douze Tables ce que nous apprend Pomponius ([2]).

Pour donner à la république les lois dont elle manquait absolument depuis la désuétude des lois royales, les décemvirs reçurent, avec un pouvoir souverain (*jus in civitate summum*) la mission de rédiger un corps de lois qu'ils devaient puiser dans celles des républiques grecques. Pomponius ne dit pas s'il s'agissait de la Grèce proprement dite ou des colonies grecques établies en Italie ; il ajoute seulement que les décemvirs furent secondés dans leur travail par un Éphésien nommé Hermodore, alors exilé en Italie. Les lois qu'ils parvinrent à rédiger avec son secours furent écrites ou gravées sur dix tableaux qu'on exposa devant la tribune aux harangues. L'année suivante, c'est-à-dire en 304, on ajouta deux autres tableaux, et de là vient à la collection de lois qui furent ainsi promulguées le nom de loi des Douze Tables.

§ XI.

28. Après avoir examiné d'où naissent les institutions qui appartiennent aux différentes branches du droit, notre texte

([1]) *Pomp. d. fr.* 2, §§ 5 et 12, *de orig. jur.* — ([2]) *d. fr.* 2, § 4.

établit dans quels cas et de quelle manière elles peuvent changer, et distingue à cet égard entre le droit civil et le droit naturel. Ce dernier, étant donné par la nature à tous les hommes en général (*quæ apud omnes gentes peræque servantur*), est immuable, moins à cause de sa généralité qu'à raison de son origine. Les préceptes dictés par la sagesse divine sont éternels comme leur auteur. L'homme peut les violer, sans doute; mais non les changer.

Il n'en est pas ainsi du droit civil. Subordonné aux temps et aux circonstances, ou même aux besoins particuliers de chaque cité, il peut et doit se modifier, en suivant la marche de la civilisation et quelquefois en subissant les influences de la politique : aussi admet-il à une époque des règles qu'il avait repoussées dans un autre temps (*sæpe mutari solent*). Ces changements s'opèrent ou par le consentement tacite du peuple, ou par des lois postérieures qui dérogent aux précédentes; en d'autres termes, le droit civil cesse d'exister comme il prend naissance, c'est-à-dire par la volonté expresse ou tacite du législateur.

29. L'abrogation d'une loi par une loi contraire ne peut souffrir aucune difficulté. Il en est de même de l'abrogation par désuétude, lorsque l'autorité législative réside dans le peuple : alors le peuple peut changer ou maintenir les lois que lui seul a pu établir; car sa volonté, de quelque manière qu'elle se manifeste, est toujours la volonté du législateur. Tel est le principe sur lequel repose la décision de notre texte, conforme à celle de Julien (1). Il en fut autrement lorsque les empereurs eurent acquis toute l'autorité législative : aussi Constantin (2) déclare-t-il que les coutumes ne doivent jamais prévaloir contre la loi.

APPENDICE.

30. Je crois devoir exposer ici comment les Institutes, ou éléments du droit de Rome, nous sont arrivées sous le nom de Justinien, empereur de Constantinople. Les détails dans lesquels je vais entrer expliqueront la constitution que ce prince a mise en tête de ses Institutes, et qui en forme le *proœmium* (*a*).

(1) *Fr.* 32, § 1, *de legib.* — (2) *C.* 2, *quæ sit long. consuet.*

(*a*) Consultez M. Giraud, *Histoire du droit romain*, et spécialement pour le Bas-Empire, M. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*.

Lorsque Justinien monta sur le trône, en 528, l'empire avait besoin de toutes les ressources que peuvent offrir l'éclat des armes et la vigueur d'une sage administration. On sait quelle était alors la faiblesse d'un État dont les barbares envahissaient toutes les provinces. C'est aux historiens à vérifier ce que Justinien rapporte ici de ses propres victoires; occupons-nous de ses travaux législatifs.

Ces travaux ne se bornent pas aux lois nouvelles dont il fut l'auteur; car, indépendamment des constitutions qui lui sont propres, il a refondu les divers monuments du droit romain, et, par suite, tous les peuples (*omnes populi*), c'est-à-dire toutes les provinces de l'empire, se sont trouvés régis (*a*) par les lois que lui-même avait ou promulguées (*promulgatis*), ou réunies et mises en ordre (*compositis.*)

31. Les anciens jurisconsultes, qui ont écrit sur les lois et sur les autres sources de la législation romaine, ont joui dans le Bas-Empire, et même auparavant, d'une autorité qui a fait prévaloir leurs interprétations sur les textes primitifs. Si l'on se référait encore aux édits prétoriens, aux sénatus-consultes, aux plébiscites, aux lois et surtout à la loi des Douze Tables, ce n'était qu'indirectement, d'après ce qu'en avaient dit Gaïus, Papinien, Paul ou Ulpien : dans la réalité, on ne citait que les interprètes et les constitutions des princes. Telles étaient à Constantinople, et dès le règne de Constantin, les seules bases sur lesquelles reposât l'administration de la justice; ce fut à ces deux sources que puisèrent ceux qui voulurent réformer la législation, notamment Théodose le Jeune, et après lui Justinien.

32. Ce dernier s'occupa d'abord des constitutions; il voulait établir entre elles une harmonie parfaite, ce qui n'était pas, à beaucoup près, sans difficulté. Depuis Constantin, qui avait transféré à Byzance le siége du gouvernement, l'empire romain

---

(*a*) Une constitution de Théodose, nouvellement retrouvée (V. *Thémis*, t. VI, p. 411), constate formellement le dessein de ce prince. Des deux recueils qu'il voulut publier, un seul a été rédigé et promulgué : c'est le Code Théodosien, qui se compose de constitutions rendues par Constantin et ses successeurs. Les écrits des jurisconsultes devaient fournir la matière d'un second recueil dont nous ne connaissons que le projet. Les textes découverts au Vatican par M. Mai, et publiés sous le titre de *Vaticana fragmenta*, appartiennent à une compilation d'un autre genre, composée tout à la fois de constitutions et de décisions prises dans les ouvrages de trois jurisconsultes : Papinien, Paul et Ulpien.

s'effaçait peu à peu dans l'empire grec; la religion chrétienne, assise sur le trône, avait opéré dans les mœurs une révolution qui influa nécessairement sur la législation. Les constitutions des empereurs païens ne devaient donc pas concorder avec celles de Constantin et de ses successeurs.

Les premières avaient été rassemblées par différents jurisconsultes : on cite entre autres deux recueils composés sous le règne de Constantin, ou peu de temps après, l'un par Grégoire, et l'autre par Hermogénien. Ces compilations, dont il reste seulement quelques fragments, se nomment *Code Grégorien* et *Code Hermogénien*, du nom des jurisconsultes qui les ont rédigées, sans avoir du reste aucun caractère législatif.

Il n'en fut pas de même des constitutions rendues par les empereurs chrétiens, depuis l'année 312 de l'ère chrétienne, la septième du règne de Constantin. Théodose le Jeune en fit composer un recueil, qui fut promulgué en 438 dans les deux empires d'Orient et d'Occident [1] : c'est le Code Théodosien. Quant aux *Novelles*, ou constitutions rendues depuis la promulgation de ce Code, soit par Théodose lui-même, soit par ses successeurs, elles n'étaient point encore réunies lorsque Justinien ordonna la rédaction d'un nouveau Code qui porterait son nom.

33. Dès la première année de son règne, en 528, il chargea de ce soin une commission de dix jurisconsultes, parmi lesquels on distingue Tribonien. Les matériaux du nouveau Code pris dans ceux de Grégoire, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que dans les Novelles postérieures à ce dernier, durent être distribués en différents titres, dans chacun desquels les constitutions relatives au même objet se suivraient par ordre chronologique. Du reste, l'empereur autorisa les commissaires à modifier les anciennes constitutions, à y faire les additions, les changements et retranchements qu'ils jugeraient convenables; en un mot, il leur donna la plus grande latitude pour composer un corps de lois, recommandables par leur clarté, par leur précision et par le soin qu'on aurait pris d'en écarter les contradictions, les répétitions et tout ce qui serait tombé en désuétude [2].

Malheureusement une exécution trop rapide nuisit à la per-

[1] V. *Thémis*, t. VII, p. 288. — [2] *C.* HÆC QUÆ, *de nov. Cod. fac.*

fection de l'ouvrage, qui fut publié en 529, au mois d'avril. En le promulguant, Justinien décida que les anciennes constitutions n'auraient pour l'avenir d'autre autorité que celle qui résultait de leur insertion dans le nouveau Code, avec le sens que leur attribuait sa rédaction. Les constitutions qui ne furent pas admises dans ce Code se trouvèrent par cela seules abrogées; les autres obtinrent toutes force de lois générales, quoique plusieurs d'entre elles n'eussent pas auparavant ce caractère, soit parce qu'elles manquaient de date, soit parce qu'elles ne concernaient que des particuliers. Sans admettre ces distinctions, Justinien veut que toutes les décisions contenues dans son Code tirent de sa volonté législative une égale autorité [1].

34. Parmi ces constitutions, une seule [2] remonte au règne d'Adrien. On n'en compte que vingt et une antérieures au règne de Septime Sévère, tandis que Dioclétien et Maximien en ont fourni plus de douze cents, c'est-à-dire à peu près autant que tous leurs prédécesseurs. Les décisions du Code sont donc en majeure partie postérieures au bel âge de la jurisprudence romaine.

35. Justinien s'occupa ensuite des ouvrages qu'avaient laissés les anciens jurisconsultes [3], et il se les appropria pour en extraire les passages qui lui conviendraient, les réunir et en former, par un travail analogue au précédent, une compilation méthodique. En effet, Tribonien, qui dirigea cette entreprise, fut autorisé, non seulement à extraire et à choisir, mais encore à changer ou à modifier dans ses extraits les expressions des jurisconsultes, et même celles des anciennes lois citées par ces derniers [4].

36. Les commissaires n'eurent pas à compulser indistinctement tous les ouvrages composés sur l'ancien droit; ils durent borner leur travail aux écrits des jurisconsultes qui avaient reçu du prince le pouvoir de donner des interprétations officielles [5]. Le nombre de ces jurisconsultes ne paraît pas avoir été considérable, puisqu'on n'a mis à contribution que trente-neuf auteurs; mais plusieurs d'entre eux avaient laissé des

[1] *C.* SUMMA REIPUBLICÆ, *de Justin. Cod. confic.; C.* 1, *Cod. Th., de const. princip.; C.* 4, *de divers. rescript.* — [2] *C.* 1, *de testam.* — [3] *Veteris prudentiæ volumina; proœm.*, § 2. — [4] *C.* DEO AUCTORE, *de concept. digest.*, § 7. — [5] *C.* DEO AUCTORE, § 4.



écrits volumineux ; et d'ailleurs ils n'avaient pas, à beaucoup près, travaillé dans les mêmes vues et d'après le même esprit. Les jurisconsultes des deux premiers siècles étaient divisés en deux écoles dont l'origine remonte à deux hommes célèbres, sous le règne d'Auguste, Labéon et Capiton. Ce dernier, fidèle aux principes antérieurement admis, résistait aux innovations que Labéon provoquait dans la jurisprudence. En politique au contraire, Capiton se pliait aux vues d'Auguste et acceptait le consulat que Labéon refusait. Les disciples de Capiton furent appelés Sabiniens ou Cassiens, à cause de Sabinus et de Cassius, deux de leurs chefs, et Proculus donna son nom aux sectateurs de Labéon (1). La distinction entre ces deux sectes se prolongea dans le second siècle, jusqu'au règne d'Adrien, et même au delà. Gaïus, dans ses Institutes, se déclare Sabinien et parle des Proculéiens comme formant une école opposée à la sienne (*diversæ scholæ auctores*).

Sous les Antonins, les systèmes devinrent moins exclusifs : on vit les jurisconsultes adopter tantôt les opinions d'une école, tantôt celles de l'autre. Bientôt il n'exista plus de Proculéiens ni de Sabiniens proprement dits ; les sectes s'éteignirent, mais les traces de leur opposition subsistèrent dans les anciens écrits. Pour profiter de ces derniers, Justinien dut préalablement trancher les questions qui restaient encore indécises. Tel fut l'objet de plusieurs constitutions promulguées en 530 sous le consulat de Lampadius et d'Oreste, et communément appelées, en raison de leur nombre, *Quinquaginta decisiones*. Elles sont plusieurs fois mentionnées par Justinien dans ses Institutes (2).

37. Le travail qu'il fallait accomplir pour utiliser les écrits des jurisconsultes devint alors beaucoup plus facile. Le choix à faire entre les opinions diverses étant désormais fixé, on s'occupa à extraire de différents ouvrages les fragments destinés à former un ouvrage nouveau. Là, ces divers fragments devaient être distribués et classés par ordre de matières, dégagés de tout ce que leur texte primitif offrait d'inutile, et purgés de toute contradiction, comme de toute répétition superflue : dix années semblaient à peine suffire pour cette entreprise, et cependant le travail dirigé par Tribonien fut achevé en trois ans. Commencé en 530, au mois de décembre, il fut promulgué en

(1) V. § 25, *de div. rer.*; *Pomp. fr.* 2, § 47, *de orig. jur.* — (2) V. § 3, *de libert.*

décembre 533, sous le double titre de DIGESTA, Digeste, ou PANDECTÆ, Pandectes (1).

Ces noms donnés par Justinien à sa compilation n'étaient pas nouveaux. Julien, Celse, Marcellus et quelques autres jurisconsultes avaient laissé des Digestes, c'est-à-dire, d'après l'étymologie latine du verbe *digerere*, *digestum*, des ouvrages méthodiques dont les matières étaient digérées, classées et mises en ordre. Modestinus avait composé des Pandectes. Ce dernier titre, formé de deux mots grecs, πᾶν et δέχεσθαι, indique un recueil général, un travail complet sur l'ensemble de la législation. Aussi, en réunissant dans son Digeste les fragments de plusieurs ouvrages, Justinien s'est-il flatté d'en avoir fait de véritables Pandectes, *in quibus omne jus antiquum collatum est* (2).

38. Parmi les ouvrages mis à contribution, plusieurs, ainsi que nous l'avons dit, avaient obtenu force de loi antérieurement au règne de Justinien. Théodose le Jeune avait sanctionné en masse tous les écrits de Papinien, Paul, Gaïus, Ulpien et Modestinus, en conservant aussi force de loi aux décisions empruntées à d'autres auteurs par les cinq jurisconsultes ci-dessus nommés. En confirmant tous les ouvrages de Paul et d'Ulpien, Théodose avait cependant excepté les notes par eux ajoutées aux écrits de Papinien, notes précédemment abrogées par Constantin; mais cette abrogation même prouve que déjà les écrits de ces jurisconsultes avaient force de loi (*a*). Il y a tout lieu de croire que le crédit accordé aux œuvres de Papinien, de Paul et d'Ulpien, s'était insensiblement établi par un usage tacite et par la pratique du barreau.

39. Les décisions rendues sur une même question par les différents auteurs, dont les écrits se trouvaient sanctionnés en masse, n'étaient pas toujours concordantes. Aussi, pour éviter le conflit des opinions, et mettre le juge en état de statuer, Théodose avait-il décidé que les questions résolues en sens contraire par les cinq jurisconsultes ou par quelques uns d'eux

(1) *C.* TANTA, *de confirm. digest.*, § 1. — (2) *Proœm.*, § 4.

(*a*) Voyez dans le Code Théodosien (*C.* 1, 2 et 3, *de resp. prud.*) la constitution de Théodose, deux constitutions de Constantin, récemment retrouvées à Milan (*Thémis*, t. III, p. 187), et une autre constitution du même prince (*C.* 1, *C. Th.*, *de sent. pass.*), qui approuve une décision de Papinien annotée et combattue par Paul et Ulpien.



se décideraient dans le sens du plus grand nombre; et que dans le cas où les avis se trouveraient également partagés, le juge pourrait opter, pourvu toutefois que Papinien ne se fût pas prononcé; car autrement son opinion deviendrait prépondérante (1).

Justinien suivit un autre système : les écrits des jurisconsultes romains n'étant pour lui que de simples matériaux, il voulut ne leur laisser d'autre force que celle qu'ils tireraient désormais du choix qu'il se proposait de faire, en insérant dans son Digeste les décisions qu'il voudrait confirmer, sans aucun égard au nombre des avis, sans aucune prépondérance entre les divers auteurs, et sans exclure, comme précédemment, les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien. Les décisions insérées au Digeste cessèrent d'appartenir à tel ou tel jurisconsulte pour devenir les décisions du prince, qui se les appropriait. Aussi se proposa-t-on de n'admettre dans les Pandectes qu'une seule décision sur chaque question, en évitant l'inutilité des répétitions et le danger des contradictions (2).

40. Ce double but n'a pas été atteint. Justinien lui-même ne dissimule pas les pléonasmes législatifs que contient son Digeste, mais il les excuse en alléguant que la répétition d'un principe déjà énoncé peut n'être pas inutile, et il ajoute que ces répétitions sont de rares et courtes exceptions qu'il avait autorisées dès l'origine (3). Quant aux antinomies ou décisions contradictoires, Justinien assure qu'il n'en existe aucune, et qu'il suffira de chercher attentivement pour découvrir les différences réelles qui concilient des contradictions apparentes (4). Cette assertion, prise à la lettre, a conduit les commentateurs à d'étranges conséquences; ils ont voulu tout concilier, ils ont fait consister la science du droit dans la connaissance des antinomies et dans la recherche de conciliations fondées sur des suppositions divinatoires; enfin, ils ont concilié les textes en dépit des textes mêmes (*a*). On reconnaît aujourd'hui que

(1) V. *C.* 3, *C. Th., de resp. prudent.* — (2) *C.* DEO AUCTORE, *de concept. digest.*, § 6, 7, 8 et 9. — (3) *C.* DEO AUCTORE, § 9; *C.* TANTA, § 14. — (4) *C.* TANTA, § 15.

(*a*) L'obligation de livrer un esclave est éteinte par l'affranchissement de cet esclave. Sur ce point nulle difficulté; mais si l'affranchi redevient esclave, l'obligation renaîtra-t-elle? Oui, d'après Celse (*fr.* 79, § 3, *de leg.*, 3°). Non, d'après Paul (*fr.* 27, *de adim. leg.*), parce que le même homme n'est plus le même esclave (*novus enim videtur homo esse*). Cependant on est parvenu à concilier ces deux

malgré tous les efforts, la différence des temps et des systèmes a dû laisser, dans les extraits dont se compose le Digeste, des traces ineffaçables; il serait aussi absurde de nier toutes les antinomies qu'injuste de considérer comme une contradiction réelle tout ce qui en offre l'apparence.

41. En donnant l'ordre de travailler aux Pandectes, Justinien avait annoncé l'intention de publier, en outre, un livre qui tiendrait lieu d'Institutes ([1]). Plusieurs jurisconsultes, notamment Florentinus, Gaïus, Ulpien, Paul, Callistrate et Marcien avaient consigné les principes de leur doctrine dans des ouvrages élémentaires qu'on appelait Institutes (*Institutiones*); mais ces différents ouvrages ne pouvaient désormais servir d'introduction à une législation complétement refondue, et Justinien reconnut la nécessité d'un livre élémentaire qui pût faciliter l'étude du Code et des Pandectes ([2]). En conséquence, il chargea Tribonien, Théophile et Dorothée du soin de rédiger de nouvelles Institutes ([3]).

42. Tribonien, dont le nom restera perpétuellement associé à celui de Justinien, et auquel revient une grande part des éloges ou des reproches que peut mériter la législation de ce prince, présida non seulement à la rédaction des Institutes, mais encore à celle du Code et du Digeste, et l'on peut croire qu'il ne fut pas étranger à la conception des plans dont l'exécution lui a été confiée, puisqu'un grand nombre de constitutions ont été rendues sur sa proposition ([4]).

Théophile et Dorothée, collaborateurs de Tribonien, étaient professeurs de droit, le premier à Constantinople, le second à Béryte. Tous deux avaient pris part à la rédaction du Digeste, et Théophile avait également concouru à celle du Code ([5]). Ce dernier nous a laissé une paraphrase grecque des Institutes de Justinien, dans laquelle se trouvent des documents précieux.

43. Les anciennes Institutes, composées par Gaïus ou par d'autres jurisconsultes, représentent une législation à laquelle

([1]) *C.* DEO AUCTORE, § 11. — ([2]) *Proœm.* § 2-4. — ([3]) *Proœm.* § 3. — ([4]) § 3, *de libert.*; § 2, *quib. alien. lic.*; § 12, *de fideic. libert.* — ([5]) *C.* TANTA, § 9.

---

opinions. Il a suffi pour cela d'une distinction: mais il en faudrait plusieurs pour concilier les deux textes précités avec un troisième texte (*fr.* 98, § 8, *de solut.*) où Paul combat ouvertement le système de Celse, et ajoute que ce système n'a point été admis (*nec admissum est quod Celsus ait*).

Justinien a beaucoup emprunté, beaucoup ajouté et beaucoup retranché. Une partie des principes que renfermaient ces éléments était tombée en désuétude, ou avait été modifiée et abrogée par les lois postérieures. En y cherchant les principes du droit, on s'exposait à y trouver des notions étrangères au droit en vigueur. Ces notions, que Justinien appelle *antiquæ fabulæ* (1), n'ont pas été reproduites dans les nouvelles Institutes, où l'empereur a voulu offrir les éléments du droit pratique (*quod in ipsis rerum obtinet argumentis*), dégagé de tous détails inutiles (*nihil inutile, nihil perperam positum*).

Les éléments publiés par Justinien émanent directement du législateur; l'empereur, en y attachant son nom, les a promulgués et leur a donné force de loi : c'est donc une loi qui enseigne le droit. Ainsi, en commençant par ce livre l'étude du droit romain, on commence par étudier une partie des constitutions impériales. Sans insister ici sur l'honneur et sur la félicité que cette circonstance doit, suivant Justinien (2), procurer à quiconque aborde la science du droit, on peut dire qu'il en résulte un avantage réel, celui d'une étude faite sur la loi même, étude qui ne peut être suppléée par aucune autre.

44. Avant la promulgation de ce livre, on n'abordait la lecture des constitutions qu'après avoir étudié, pendant quatre ans (3), les monuments de l'ancienne jurisprudence, notamment les Institutes de Gaïus et plusieurs livres des réponses de Papinien et de Paul (4).

Justinien, en fixant à cinq années la durée des cours de droit, substitue, pour les quatre premières années, ses Institutes à celles de Gaïus, et plusieurs parties des Pandectes aux ouvrages que l'on étudiait précédemment. Enfin il réserve le Code pour la cinquième et dernière année (5). Ainsi, aux premiers éléments de la science, puisés dans un livre dont les rédacteurs parlent toujours au nom du prince, et qui est devenu loi (6), succède comme dernier objet d'étude, le recueil des constitutions impériales; en sorte que les premiers et les derniers enseignements semblent émaner du prince lui-même, *a voce principali* (7).

45. Les Institutes de Justinien sont divisées en quatre livres

(1) *C.* HÆC QUÆ, § 1. — (2) *Proœm.* § 3. — (3) *Proœm. d.* § 3. — (4) *C.* OMNEM REIPUBLICÆ, § 1. — (5) *C.* OMNEM REIPUBLICÆ, § 2-5. — (6) *Proœm.* § 6. — (7) *Proœm.* § 3.

et reproduisent, à quelques modifications près, l'ordre suivi dans les Institutes de Gaïus. Chaque livre se subdivise en titres. Le premier livre en contient vingt-six, le second vingt-cinq, et le quatrième dix-huit. Le troisième livre n'en a que vingt-neuf, quoique plusieurs éditeurs lui en donnent trente, parce qu'ils scindent le titre 6, *de gradibus cognationum*, en deux parties, pour former de la seconde un titre particulier, *de servili cognatione*.

46. Le Code et les Pandectes sont aussi divisés en livres; on en compte douze au Code, et cinquante au Digeste. Dans l'une et l'autre compilation, Justinien, malgré les changements qu'il avait autorisés, conserve le nom des princes ou des jurisconsultes dont il s'approprie les décisions. On trouve même en tête des extraits dont se composent les Pandectes, l'indication de l'ouvrage d'où chacun d'eux est tiré. C'est par respect pour l'antiquité [1], que Justinien a cru devoir mentionner l'origine des textes qu'il morcelait et altérait sans scrupule, parce que dans toutes les parties de sa compilation, il voulait être considéré, sinon comme seul auteur, du moins comme seul législateur. Aussi attribue-t-il souvent à ses prédécesseurs ou à d'anciens jurisconsultes des décisions qui leur sont tout à fait étrangères. C'est ainsi, par exemple, qu'au Digeste, le *fr.* 25 *pr.*, *locat. cond.*, nous offre, sous le nom de Gaïus, une décision de Justinien [2], et que l'on trouve au Code une innovation du même prince, dans un passage par lui ajouté à une constitution de Théodose [3].

Les cinquante livres du Digeste, quoique formant une seule et même série, sont cependant distribués en sept parties consacrées chacune à un ensemble de matières dont l'énumération se trouve dans la dernière des deux préfaces du Digeste. Ces préfaces sont deux constitutions de Justinien (*a*), adressées, l'une à Tribonien, pour lui confier la rédaction des Pandectes,

[1] *C.* TANTA, § 10. — [2] *C.* 15, *de contrah. empt.* — [3] *C.* 8, § 3, *de codicill.*

(*a*) La première commence par DEO AUCTORE; la seconde a été publiée en latin (TANTA CIRCA NOS), et en grec (Δέδωκεν, ou, dans la version latine, DEDIT NOBIS DEUS; V. *C.* 1, 2 et 3, *de veter. jur.*). Une autre constitution relative à l'enseignement du droit (OMNEM REIPUBLICÆ) se trouve entre la première et la seconde préface. En tête du Code se trouvent trois préfaces qui sont aussi des constitutions de Justinien : l'une, rendue en 528 (HÆC QUÆ NECESSARIO), ordonne la confection du Code; la seconde (SUMMA REIPUBLICÆ), publiée en 529, en contient la promulgation, et la dernière (CORDI NOBIS EST) annonce la révision qui a eu lieu en 534.

l'autre au sénat, pour confirmer ce recueil. En tête des Institutes se trouve aussi une préface ou *Proœmium*, qui leur attribue force de loi (1).

47. Dans les manuscrits, et même dans quelques éditions anciennement imprimées, chaque constitution du Code et chaque fragment inséré au Digeste se lit de suite sans aucune subdivision ; mais pour la facilité des recherches, les éditeurs modernes ont distingué les passages susceptibles de former un sens complet. De là vient qu'une seule et même constitution, ou qu'un seul et même fragment est ordinairement subdivisé en plusieurs sections. La première s'appelle *principium*, c'est-à-dire commencement, et les autres prennent la dénomination de *paragraphes*. Le paragraphe premier vient immédiatement après le *principium*, et ainsi de suite.

48. On a subdivisé de la même manière le texte des Institutes. Toutefois, comme le jurisconsulte ou la constitution dont Justinien emprunte les termes ne se trouvent pas indiqués, les différents titres ont été reproduits de suite et sans interruption, en sorte que la subdivision introduite par les éditeurs modernes n'admet dans chaque titre qu'un seul *principium* et une seule série de paragraphes, tandis qu'au Digeste et au Code la même subdivision ne peut se renouveler, dans un même titre, sur chaque fragment ou sur chaque constitution.

La subdivision des textes en *principium* et paragraphes, étant jusqu'à un certain point arbitraire, n'est pas exactement la même dans toutes les éditions. Le texte des Institutes est celui qui présente la distribution la moins constante. Il importe donc que les citations se réfèrent toutes à une seule édition. Je suivrai constamment celle qui fait partie du recueil intitulé *Juris civilis Enchiridium.*

49. Les Institutes de Justinien, ainsi que nous l'avons vu précédemment, ne doivent contenir que des principes susceptibles d'une application pratique [43] ; toutefois, pour ne pas favoriser l'ignorance, Justinien veut que rien de ce qui tient à l'ancien droit ne reste totalement ignoré, *ut nihil antiquitatis penitus ignoretur* (2) ; et pour donner à cet égard les notions qu'il a jugées suffisantes, il rappelle sommairement les choses dont le souvenir a pu s'effacer. C'est ainsi qu'il mentionne les

(1) *Proœm.* § 6. — (2) § 1, *de testam. ordin.*

testaments *calatis comitiis*, *in procinctu*, *per æs et libram* (¹) la succession qui résultait de la vente solennelle des biens d'un débiteur (²), et les obligations contractées NOMINIBUS (³). Ces exemples et plusieurs autres semblables montreront quelle obscurité s'était répandue sur les anciennes institutions, et de quelle lumière l'empereur les a éclairées (⁴). Cette lumière n'est trop souvent qu'une lueur insuffisante ; mais comme Justinien n'est pas pour nous un législateur, nous ne craindrons pas de lui désobéir en puisant à d'autres sources les notions qu'il n'a pas jugé à propos de conserver. Nous consulterons, pour mieux connaître le droit romain, les écrits des anciens jurisconsultes. Nous verrons dans les Institutes, et, en général, dans les compilations de Justinien, non pas un monument législatif, mais un magasin où se trouvent en plus grand nombre que partout ailleurs les débris du droit romain. En le mettant à profit, nous ne renoncerons pas à d'autres documents moins volumineux sans doute, mais plus fidèles.

50. Justinien, pour composer ses Institutes, a mis à contribution celles qu'avaient laissées les anciens jurisconsultes, et même leurs autres ouvrages, qui effectivement ont fourni des passages nombreux, et quelquefois des titres entiers. Il a surtout profité des Institutes de Gaïus, et d'un autre ouvrage, *Rerum cotidianarum commentarii* (*a*), du même jurisconsulte.

51. A ces différents textes empruntés au droit romain proprement dit, se joignent pour la législation du Bas-Empire, et spécialement pour les innovations de Justinien, plusieurs additions que fait aisément reconnaître un style diffus et ampoulé. Les anciens textes au contraire se font remarquer par un langage simple et précis. Tribonien n'a pas indiqué à quel jurisconsulte appartenait primitivement chacun d'eux; mais d'abord

(¹) §§ 1 et 2, *eod.* — (²) *Pr. de success. sublat.* — (³) *Pr. de litter. oblig.* — (⁴) *Imperiali remedio illuminatum; proœm.* § 5.

(*a*) *Ex commentariis tam Institutionum quam Rerum cotidianarum* (*proœm.* § 6). Ce mot *commentarii*, joint comme il l'est ici au titre d'un ouvrage, ne désigne rien autre chose que les différentes sections dont se compose cet ouvrage. On sait aujourd'hui que les Institutes de Gaïus se divisaient en quatre commentaires. En adoptant la même division, Justinien a remplacé *commentarius* par *liber*, et dans les Pandectes mêmes, il n'a jamais cité les Institutes de Gaïus sans faire la même substitution, qui, sans doute, aura été adoptée relativement à d'autres écrits *aliisque multis commentariis*; *proœm.* § 6).



quelques uns se trouvent à la fois dans les Institutes et dans les Pandectes, en sorte qu'on a toujours pu savoir, par ce dernier recueil, quelle était leur origine ; ensuite, un grand nombre se sont retrouvés dans les Institutes de Gaïus, et toutefois il reste encore plusieurs passages dont l'auteur est inconnu.

52. La constitution par laquelle Justinien publie et sanctionne ses Institutes a été rendue pendant son troisième consulat, c'est-à-dire en 533 ; elle est datée du onze des calendes de décembre, jour correspondant au 21 novembre. Le Digeste n'a été publié que dans le mois suivant, le dix-septième jour avant les calendes de janvier, c'est-à-dire le 16 décembre ; mais ces deux recueils sont devenus obligatoires en même temps, à l'expiration du troisième consulat de Justinien, le troisième jour avant les calendes de janvier 534, c'est-à-dire le 30 décembre 533 ([1]).

Les travaux législatifs de Justinien semblaient arrivés à leur terme. Le Code publié en 529, les cinquante décisions rendues en 530, les Pandectes récemment promulguées, avaient renouvelé dans toutes ses parties une législation dont l'empereur venait de dicter, dans ses Institutes, les premiers éléments ; tout émanait de lui. Il ne pouvait plus réformer que son propre ouvrage, et il le réforma.

53. En 534, Tribonien et quatre autres jurisconsultes furent chargés de reviser le Code promulgué cinq ans auparavant, d'y apporter les modifications convenables, et de le compléter en y insérant les cinquante décisions et plusieurs autres constitutions postérieures à sa promulgation. Ce travail produisit un nouveau Code, ou, si l'on veut, une nouvelle édition du Code (*repetita prælectio*), qui fut publiée par Justinien vers la fin de son quatrième consulat, en 534, le 17 novembre (16 *calend. dec.*), pour remplacer, à compter du 29 décembre suivant (4 *calend. jan.*), l'ancien Code, qui fut dès lors abrogé ([2]).

Justinien, dans les Institutes, parle souvent de son Code ; mais tout ce qu'il en dit se réfère à la première édition. Cette circonstance explique pourquoi plusieurs constitutions, qui sont citées aux Institutes comme devant se trouver dans le Code, et qui s'y trouvaient effectivement en 533, ne se rencontrent plus

([1]) V. C. TANTA, § 23. — ([2]) C. CORDI NOBIS, § 2-5.

aujourd'hui dans le *Codex repetitæ prælectionis*, le seul qui nous soit parvenu.

54. En promulguant ce dernier Code, Justinien avait promis de réunir, dans une autre collection, les constitutions, qu'il aurait encore occasion de rendre. Il en publia effectivement un certain nombre, mais sans les mettre en ordre. Ces dernières constitutions portent le nom de Novelles. On en trouve cent soixante-huit dans les éditions; mais cette collection, qui ne contient pas toutes les Novelles de Justinien, renferme plusieurs édits de Justin II et de Tibère II, ses successeurs.

Les Novelles sont pour la plupart écrites en grec. La langue latine n'était rien moins que populaire en Orient : aussi les textes latins des Institutes, du Digeste et du Code ne tardèrent-ils pas à être traduits ou paraphrasés en grec, et ces différentes versions firent négliger les originaux. Justinien lui-même, cédant à l'influence qu'exercent toujours la langue et les usages du pays, fit rédiger en grec les constitutions qu'il voulait mettre à la portée de tous ses sujets [1], et le petit nombre des Novelles qu'il a publiées en latin prouve assez que cette langue n'était pour le législateur même qu'une langue d'exception.

55. Cependant, malgré le peu de faveur dont jouissaient le Digeste, le Code et les Institutes, malgré les modifications successives que leur avaient fait subir Justinien et ses successeurs, ces compilations ont eu force de loi générale jusqu'à la fin du neuvième siècle, époque où la législation a été complétement refondue dans un corps de lois grecques (Ἀνακαθάρσις τῶν παλαιῶν νόμων) connu sous le nom de *Basiliques*, sans doute à cause de Basile le Macédonien, premier auteur de cette révision. Les Basiliques, publiées d'abord en quarante livres par l'empereur Basile, et ensuite en soixante livres par son fils et son successeur Léon, sont restées en vigueur dans l'empire grec, jusqu'à la prise de Constantinople par Mahomet II, en 1453.

En Occident, le droit de Justinien put à peine s'établir dans quelques provinces qui n'étaient point ou qui n'étaient plus occupées par les Barbares; bientôt il ne fut plus observé que dans les territoires de Rome et de Ravenne. Enfin il était tombé dans un oubli total ou presque total, lorsque, au douzième siècle,

[1] § 3, *de success. libert.*

l'enseignement des glossateurs, dans l'école de Bologne fondée par *Irnerius* (Garnier ou Warnier), lui donna tout à coup une faveur et un éclat inattendus. Adoptée par un grand nombre de tribunaux, la législation justinienne obtint force de loi dans toute l'Italie et dans plusieurs pays qui n'ont jamais appartenu à l'empire de Justinien; elle devint en quelque sorte le droit commun de l'Europe.

56. Les glossateurs (on appelle ainsi les jurisconsultes italiens des douzième et treizième siècles) ne se sont occupés ni de toutes les Novelles trouvées dans les manuscrits, ni du texte grec d'aucune d'elles. Leurs notes ou gloses mirent en crédit 97 Novelles, d'après une ancienne traduction latine qu'on appelle authentique parce qu'elle a été, dit-on, approuvée par Justinien ou par son successeur. Quoi qu'il en soit, l'usage en avait si bien établi l'autorité, qu'au seizième siècle elle était encore exclusive. En 1531, on commença à publier d'autres Novelles récemment découvertes. On s'occupa du texte grec, dont la plus grande partie fut retrouvée et mise au jour; on fit de nouvelles traductions; mais ces travaux, malgré leur utilité, ne furent pas adoptés dans la pratique (*a*). Les tribunaux n'ont jamais admis d'autres Novelles que celles du douzième siècle, ni d'autre traduction de leur texte que la version dite *authentique*, et appelée depuis *Ancienne* ou *Vulgate*, par opposition aux traductions plus récentes.

Les 168 Novelles, réunies dans le *Corpus juris* (*b*), ont été divisées en neuf collations, dont chacune contient autant de titres que de Novelles. Cette distribution, conservée par tous les éditeurs, est abandonnée dans l'usage. On distingue et l'on cite les Novelles par le rang qu'elles occupent dans le *Corpus juris*, quoiqu'il n'y ait entre elles aucun ordre ni méthodique ni chronologique. Ainsi la Novelle 115, par exemple, est postérieure à la Novelle 118.

57. Le style des Novelles est trop diffus pour qu'on n'ait pas de tout temps cherché à en faire disparaître les longueurs.

(*a*) Voyez la préface de Leconte (*Contius*), imprimée en tête des Novelles par plusieurs éditeurs.

(*b*) C'est le nom que porte, depuis la fin du XVI[e] siècle, et notamment depuis l'édition publiée en 1583 par Denis Godefroy, la législation de Justinien divisée en quatre parties, savoir : les Institutes, le Digeste ou les Pandectes, le Code et les Novelles.



Peu après la mort de Justinien, un professeur de Constantinople, nommé Julien, donna en latin un abrégé intitulé *Novellarum liber*. D'autres ont comparé les Novelles avec les lois antérieures, et ont indiqué les innovations par des extraits sommaires, qu'ils ont placés dans le Code à la suite des constitutions abrogées ou modifiées. En tête de ces extraits, que les éditions modernes reproduisent en caractères italiques, on cite la collation et la Novelle d'où ils sont tirés, en se référant à la Vulgate ou version authentique, par les mots *in Authentica* : et c'est ainsi que les extraits eux-mêmes ont pris le nom d'*Authentiques*. De là ce vers de Corneille :

Je sais le Code entier avec les Authentiques (*a*).

C'est à *Irnerius* que l'on attribue, du moins en très grande partie, la rédaction des Authentiques. Ce travail, comme tous les autres travaux des glossateurs, a joui d'un grand succès ; il a été sanctionné par la pratique des tribunaux. Cependant, malgré leur nom, malgré l'autorité dont elles ont joui, les Authentiques ne reproduisent que d'une manière inexacte les dispositions des Novelles.

58. Si l'on considérait dans les différentes parties du *Corpus juris* l'autorité qu'elles ont respectivement reçue de la volonté législative, les Novelles l'emporteraient incontestablement sur

---

(*a*) Voici le passage entier :

Si vous avez besoin de lois ou de rubriques,
Je sais le Code entier avec les Authentiques,
Le Digeste nouveau, le vieux, l'Infortiat,
Ce qu'en ont dit Jason, Balde, Accurse, Alciat.

Boileau, dans *le Lutrin*, dit pareillement :

. . . . un vieil Infortiat
Grossi des visions d'Accurse et d'Alciat.

Ces vers font allusion aux commentaires ou gloses des premiers interprètes, recueillis, augmentés et publiés par Accurse en 1227 ou environ. Dans cette compilation semi-barbare, le Digeste avec ses gloses se divise en trois parties, savoir : 1° le Digeste *Vieux* ou ancien ; 2° le Digeste *Infortiat* ; 3° le Digeste *Nouveau*. L'intitulé ou sommaire de chaque titre s'écrivait et s'imprimait alors en rouge ; de là est venu le nom de *Rubrique*.

La dernière édition de la glose d'Accurse, dite grande glose ou simplement la glose, est celle de Lyon, 1627, 6 vol. in-folio. Depuis cette époque, on a publié plusieurs éditions du *Corpus juris*, sans notes ou avec des notes, et le plus souvent avec celles de Denis Godefroy ; mais les glossateurs et leurs travaux ont été abandonnés.

les trois autres parties, et chaque Novelle l'emporterait pareillement sur les constitutions antérieures ; parce que, en général, entre plusieurs lois successives, c'est la dernière qui prévaut. D'après le même principe, le Code prévaudrait sur le Digeste et sur les Institutes ; enfin ces deux parties du *Corpus juris*, devenues obligatoires le même jour, devraient jouir entre elles d'une égale autorité (*a*).

59. Mais aujourd'hui le *Corpus juris* a perdu sa force obligatoire. Ce n'est plus la volonté de Justinien qu'on y cherche ; c'est indépendamment de leur autorité qu'on apprécie la sagesse ou l'équité des différentes dispositions. Les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles, sont des lois mortes comme le Code Théodosien et la loi des Douze Tables ; mais la rigueur et l'enchaînement des principes ont, dans la science du juste et de l'injuste, une puissance de doctrine qui survit à la loi. Considérée sous ce rapport, l'autorité dont jouissent respectivement les différentes parties du *Corpus juris* augmente en raison inverse de celle que leur attribue la date de leur promulgation. Sans doute on trouve dans le Code, et même dans quelques Novelles, d'heureuses innovations ; mais les Pandectes sont, dans le *Corpus juris*, la seule partie qui se réfère véritablement à la jurisprudence romaine. C'est dans les Pandectes que les écrits de Papinien, de Paul, d'Ulpien, et autres jurisconsultes, se retrouvent, morcelés et disséminés, à la vérité, mais faciles à distinguer par les indications qui accompagnent chaque fragment. Malheureusement Tribonien ne les a pas tous laissés dans leur pureté. On reconnaît dans plusieurs passages la main qui les a retouchés ; et parmi ceux où l'on n'aperçoit aucune altéra-

(*a*) Sauf le cas où les Institutes se réfèrent à des constitutions qui, bien qu'antérieures aux Pandectes, modifient néanmoins, dans ce recueil, les dispositions d'un droit beaucoup plus ancien. Prenons un exemple. Les Pandectes promulguées en 533 distinguent, pour régler la succession collatérale, deux classes d'agnats : les agnats de la première classe succèdent, sous le titre de consanguins, sans distinction de sexe ; mais dans la seconde classe, celle des agnats plus éloignés ou agnats proprement dits, les femmes ne succèdent pas (*Ulp. fr.* 2, *pr.* et § 1, *de suis et legit.*). Dans les Institutes qui ont été promulguées avant le Digeste, mais qui n'ont eu force de loi qu'à partir de la même époque, Justinien déroge au système des Pandectes (V. §§ 3 et 4, *de legit. agnat. succ.*), en se référant à une constitution qu'il avait promulguée pour la première fois en 532, et qu'il a insérée en 534 dans la seconde édition du Code (*C.* 14, *de legit. her.*). Or cette constitution a indubitablement dérogé au Digeste, même pour l'intervalle qui s'est écoulé entre la publication de ce recueil, en 533, et la révision du Code en 534.

tion sensible, on peut encore soupçonner la fidélité d'un texte que les commissaires nommés par Justinien n'étaient pas obligés de respecter. Pour retrouver le droit romain, il faudrait donc le chercher hors de la compilation justinienne, et remonter à sa source, c'est-à-dire aux ouvrages mêmes d'où ont été tirées les Pandectes et la meilleure partie des Institutes.

Ils ont péri pour la plupart, mais leur perte même rend plus précieux encore les débris qui ont échappé à l'injure des siècles.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Et prius de personis videamus : nam parum est jus nosse, si personæ quarum causa constitutum est, ignorentur. Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

1. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.

2. Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis domino alieno contra naturam subjicitur.

3. Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare nec occidere solent : qui etiam mancipia dicti sunt,

TITRE III.

DE LA CONDITION DES PERSONNES.

Le droit que nous suivons se rapporte tout entier ou aux personnes, ou aux choses, ou aux actions. Parlons d'abord des personnes; car c'est peu de connaître le droit, si l'on ne connaît aussi les personnes pour qui le droit est établi. La principale division relativement au droit des personnes est celle-ci : les hommes sont tous, ou libres, ou esclaves.

1. La liberté (qui donne le nom de libre) est la faculté naturelle de faire ce qu'on veut, excepté ce qu'empêche la force ou le droit.

2. La servitude est une institution du droit des gens qui, contre nature, fait d'un homme la propriété d'un autre.

3. Les esclaves ont été appelés *servi* de l'usage où sont les généraux de vendre les prisonniers, et par là, de les conserver au lieu de les tuer. On les nomme aussi

mancipia, parce qu'ils sont pris à main armée sur l'ennemi.

eo quod ab hostibus manu capiuntur.

4. On est esclave de naissance ou par un fait postérieur: de naissance, quand la mère est esclave; par un fait postérieur, soit d'après le droit des gens, c'est-à-dire lorsqu'on est fait prisonnier, soit d'après le droit civil, lorsqu'un homme libre, majeur de vingt ans, s'est laissé vendre pour avoir part au prix.

4. Servi autem aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate; aut jure civili, cum liber homo, major vigenti annis, ad pretium participandum sese venundari passus est.

5. La condition d'esclave n'admet aucune distinction. Celle des hommes libres en admet plusieurs. En effet, ils sont ou ingénus, ou affranchis.

5. In servorum conditione nulla est differentia, in liberis multæ differentiæ sunt; aut enim sunt ingenui aut libertini.

EXPLICATION.

PR.

60. Le droit, quelle que soit son origine, a toujours pour but d'attribuer à chaque personne ce qui lui appartient. Il faut donc connaître d'abord les personnes, qui sont le premier et le principal objet du droit, parce que le droit n'existe que pour elles (*quarum gratia jus constitutum est*); et, comme il y a des règles différentes pour les différentes classes de personnes, il faut commencer par établir entre elles plusieurs distinctions. Justinien s'en occupe dans ce premier livre, en renvoyant aux livres postérieurs, le second et le troisième objet du droit, c'est-à-dire les choses et les actions. Nous n'anticiperons point, à cet égard, sur les notions qui deviendront nécessaires ailleurs, et qui ont besoin d'être préparées par plusieurs autres.

61. La première et la principale division des personnes range tous les hommes (*omnes homines*) en deux classes : ils sont libres ou esclaves.

Les premiers conservent intacts les droits qui sont communs à tous les hommes, et dont les seconds sont, en quelque sorte, dépouillés; je dis en quelque sorte, parce que sous beaucoup

de rapports ils ne cessent pas d'être considérés comme des hommes, et, par suite, comme des personnes; en effet, si les esclaves n'étaient pas au nombre des personnes, on ne distinguerait pas ici les personnes libres et les personnes esclaves, et ces dernières ne figureraient pas de nouveau parmi les personnes dites *alieni juris* (¹). Si l'esclave est souvent assimilé aux choses, c'est parce qu'il appartient en même temps, et sous différents rapports, à la classe des personnes et à celle des choses, ainsi que nous le démontrerons dans plusieurs occasions [64].

§ I.

62. L'homme n'a pas la toute-puissance. Sa liberté est restreinte par tous les obstacles que la nature oppose à la faiblesse humaine. Outre cette restriction absolue, et dans la limite même de nos facultés naturelles, notre volonté trouve encore des obstacles matériels ou moraux. Les premiers viennent d'une résistance et d'une force supérieure (*si quid vi... prohibetur*); les seconds résultent des préceptes du droit (*si quid... jure prohibetur*), et ces empêchements sont en réalité les seuls qui restreignent le droit de liberté; car un obstacle de fait ne détruit pas le droit, mais seulement la faculté d'agir ou l'exercice du droit [67].

Cette restriction de notre liberté naturelle, par les préceptes du droit, est une conséquence nécessaire de la civilisation. Dans toute société, chacun aliène une portion de sa liberté, pour n'être pas soi-même gêné par la liberté illimitée des autres. On sacrifie une partie pour assurer la conservation du reste; mais ce sacrifice, quelle qu'en soit l'étendue, n'est jamais pour l'homme libre qu'une exception. Ainsi lorsqu'il voudra exercer une faculté naturelle, il n'aura point à examiner s'il existe une loi qui le lui permette : l'homme libre conserve, en général, le droit de faire tout ce que les lois ne défendent point. La prohibition, lorsqu'elle existe, est une dérogation qu'il faut prouver contre lui.

63. Toutefois cela ne s'entend que des facultés données par la nature (*naturalis facultas*), par opposition aux droits nouveaux que la loi civile établit. Evidemment ces derniers n'appartiennent qu'aux personnes à qui la loi les a spécialement

(¹) *Pr.* et § 1, *de his qui sui vel alien.*

conférés. Nous en verrons un exemple dans la faculté de tester, introduite par la loi des Douze Tables : aucune disposition du droit romain n'en a dépouillé les fils de famille ; et cependant ils n'ont joui de cette faculté que lorsqu'on la leur a spécialement accordée (1).

§ II.

64. A la différence de l'homme libre, l'esclave est, même pour l'exercice de ses facultés naturelles, sous l'empire d'une prohibition générale. Il n'a d'autres droits que ceux qui lui sont attribués ; parce que, soumis à la domination de son maître (*dominio alieno subjicitur*), il est considéré comme déchu de toute espèce de droits, et comme n'existant plus que pour celui dont il est devenu la propriété. C'est en ce sens et à l'égard de son maître que l'esclave est assimilé aux choses.

§ III.

65. Les esclaves se nommaient à Rome *servi* ou *mancipia*. *Servus* n'est qu'une abréviation de *servatus*, conservé. L'étymologie s'accorde ici avec l'origine de l'esclavage, telle que Justinien l'expose d'après Florentinus (2). Les jurisconsultes romains, comme nous l'avons déjà vu [9], font dériver l'esclavage de la guerre (3) ; on ajoute ici, pour justifier cette conséquence, que les prisonniers de guerre reçoivent du vainqueur la vie que celui-ci pouvait leur ôter : ce qui veut dire, sans doute, que le vainqueur, en conservant la vie des prisonniers, ne renonce pas au droit dont il diffère seulement l'exercice.

Le mot *mancipium*, suffisamment expliqué par le texte, désigne également les esclaves, à raison de la captivité qui met un prisonnier de guerre sous la main, c'est-à-dire sous la puissance du vainqueur ; car ici *manus* est synonyme de puissance (4).

§ IV.

66. Quiconque est esclave est né tel, ou l'est devenu par un fait postérieur à sa naissance (*servi nascuntur aut fiunt*).

D'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres [9], et les premiers esclaves sont devenus tels par le sort de la guerre. Les esclaves de naissance ne sont donc pas les plus an-

(1) *Pr., quib. non est perm.* — (2) *Fr.* 4, § 2 et 3, *de stat. hom.* — (3) § 2, *de jur. nat.; pr. de libert.* — (4) *Ulp. fr.* 4 ; *Hermog. fr.* 5, *de just. et jur.*

ciens; leur servitude suppose une servitude antérieure, qui se transmet jusqu'à eux, parce que l'enfant suit la condition de sa mère. Il se trouve en naissant libre ou esclave comme elle, et, d'après un principe que nous aurons occasion de développer [350], esclave du même maître.

67. Un homme libre devient esclave d'après le droit des gens ou d'après le droit civil : d'après le droit des gens, ainsi qu'on l'a déjà dit, lorsqu'il est fait prisonnier (*ex captivitate*) dans une guerre de nation à nation. Autrement il n'y aurait pas guerre, mais piraterie ou brigandage ([1]), et les captifs, privés de l'exercice de leur liberté, ne perdraient pas la liberté même ; ils seraient *in servitute* sans être esclaves [75].

68. Dans plusieurs cas prévus par le droit civil, la servitude est une peine infligée à certaines personnes que le législateur juge indignes de conserver la liberté, par exemple, à celles qui se laissent vendre pour partager le prix de la vente.

La liberté n'a point de prix et n'est même pas dans le commerce ([2]). Conséquemment, nul ne pouvait se rendre volontairement esclave en se vendant soi-même ([3]); mais quelquefois un homme libre se laissait vendre comme esclave pour tromper l'acheteur, et partager le prix touché par le vendeur, sauf à revendiquer ensuite sa liberté. Pour punir cette fraude, on décida que la liberté ne pourrait pas être réclamée par ceux qui, connaissant leur condition d'hommes libres ([4]), se seraient laissé vendre à un acheteur de bonne foi ([5]), et auraient véritablement touché une partie du prix, pourvu qu'au moment où ils l'ont touché ils eussent plus de vingt ans (*a*).

69. Toute personne condamnée à mourir, soit en combattant les bêtes féroces, soit de toute autre manière, devient esclave par l'effet immédiat de la sentence et avant son exécution ([6]). La condamnation aux mines produit le même effet ([7]),

([1]) *Ulp. fr.* 118, *de verb. sign.* — ([2]) § 7, *qui et ex quib. caus.*; § 2, *de inut. stip.*; *Paul. fr.* 106, *de reg. jur.* — ([3]) *Callistr. fr.* 37, *de liber. caus.*; *Diocl. et Max. C.* 10, *eod.* — ([4]) *Constant. C.* 2, *C. Th.*, *eod.* — ([5]) *Ulp. fr.* 7, § 2, *eod.* — ([6]) § 3, *quib. mod. jus pot.*; *Ulp. fr.* 6, § 6, *de inj. rupt.*; *Gaïus, fr.* 29, *de pœn.* — ([7]) § 3, *quib. mod. jus pot.*; *Mac. fr.* 10, § 1, *de pœn.*

(*a*) *Majores viginti annis* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 7, § 1, *de lib. caus.*). Les décisions précédentes sont fondées sur plusieurs sénatus-consultes (*Pomp. fr.* 3, *quib. ad liber.*), et notamment sur le sénatus-consulte Claudien (V. *Paul.* 2, *sent.* 21), dont nous parlerons plus loin (§ 1, *de success. subl.*).

lorsqu'elle est perpétuelle (a). Ces condamnés en devenant esclaves n'ont d'autre maître que le supplice auquel ils sont destinés, et de là vient qu'on les appelle *servi pœnæ*, esclaves de la peine [1].

70. Lorsqu'un affranchi se montre ingrat envers le patron qui lui a volontairement accordé la liberté, celui-ci peut obtenir une condamnation qui fait rentrer l'affranchi dans l'esclavage et sous la puissance de son ancien maître [2].

Cette décision ne concerne que le maître qui affranchit spontanément son esclave; celui qui affranchit en exécution d'un fidéicommis [798] ne peut pas accuser l'affranchi d'ingratitude [3].

§ V.

71. Le pouvoir du maître, également absolu sur tous ses esclaves, ne laisse entre eux aucune distinction légale, quoique de fait la différence des emplois rende le sort des uns bien meilleur que celui des autres [4]. Au contraire, la loi reconnaît de grandes différences entre les hommes libres, selon qu'ils sont ingénus ou affranchis, c'est-à-dire selon qu'ils sont nés libres ou qu'ils le sont devenus par un fait postérieur.

(1) V. *Marcian. fr.* 17, *de pœn.*; *Callistr. fr.* 12, *de jur. fisc.* — (2) § 1, *de capit. dem.*; *Constant. C.* 2, *de libert. et eor. lib.* — (3) *Ant. C.* 1, *eod.* — (4) § 17, *de injur.*

(a) *Ulp. fr.* 8; *Callistr. fr.* 28, § 6, *de pœn.* Justinien (*nov.* 22, *cap.* 8) veut que, dans ce cas même, le condamné reste libre, en subissant sa peine.

TITRE IV.

DES INGÉNUS.

Est ingénu celui qui naît libre, soit qu'il provienne du mariage de deux ingénus, de deux affranchis, ou d'un ingénu et d'un affranchi. Lorsque la mère est libre et le père esclave, l'enfant naît pareillement ingénu, comme celui qui naîtrait d'une mère libre et d'un père inconnu, parce que la paternité est incertaine. Il suffit que la

TITULUS IV.

DE INGENUIS.

Ingenuus est is qui statim ut natus est, liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino et altero ingenuo. Sed et si quis ex matre nascitur libera, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera et

incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci; quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat liberum nasci: sufficit enim ei qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod verum est.

1. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse. Sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

mère soit libre au moment de la naissance, bien qu'elle fût esclave au temps de la conception. Et en sens inverse, lorsqu'une femme, libre au moment de la conception, devient esclave et accouche, on a décidé que l'enfant naît libre, parce que le malheur de la mère ne doit pas nuire à celui qu'elle porte dans son sein. De là cette question: Lorsqu'une esclave enceinte a été affranchie, qu'ensuite elle redevient esclave et accouche, l'enfant naît-il libre ou esclave? Martien pense qu'il naît libre; car il suffit à l'enfant conçu que sa mère ait été libre, ne fût-ce que dans le temps intermédiaire: ce qui est vrai.

1. Celui qui est né ingénu ne perd pas cette qualité pour avoir été en servitude et ensuite affranchi; car on a très souvent décidé que la manumission n'altère en rien les droits de la naissance.

EXPLICATION.

PR.

72. Un ingénu est libre par naissance. Il s'agit donc de savoir dans quel cas un enfant naîtra libre, sans examiner si les père et mère sont eux-mêmes ingénus ou affranchis (1).

D'après les derniers mots du texte, il suffit que la mère ait été libre, soit à l'instant de la conception ou de la naissance, soit à un moment quelconque de la grossesse; mais cette règle exige, pour être bien comprise, l'exposition préalable de plusieurs principes.

(1) *Text. hic; Gord. C. 14, de oper. lib.*

L'enfant issu d'un mariage civil (*matrimonio editus*) est toujours ingénu, car il suit la condition que son père avait à l'époque de la conception (1). Or un mariage civil ne peut exister qu'entre deux personnes libres, et peu importe qu'elles perdent ensuite leur liberté : l'enfant dont l'état a été déterminé au moment même de la conception naîtra toujours libre et citoyen romain (2), sauf quelques exceptions spécialement établies (3).

73. La règle qui attribue à l'enfant la condition du père est la conséquence d'un mariage contracté conformément aux règles du droit civil. En dehors de ce mariage, et quel que soit le genre d'union qui a existé entre les parents, c'est le droit des gens qui fixe l'état des enfants, et alors ils suivent toujours la condition de leur mère (4). Il importe donc peu que l'enfant n'ait point de père connu, ou que la paternité soit certaine [155], et dans ce dernier cas, que le père soit libre ou esclave.

L'enfant, d'après le droit des gens, suit la condition que sa mère avait en le mettant au jour ; il suffit donc qu'elle se trouve libre à l'époque de l'accouchement, quoiqu'elle ait été esclave au temps de la conception (*licet ancilla conceperit*). Réciproquement l'enfant d'une esclave devrait naître esclave, encore que sa mère eût été libre au moment de la conception. Nous avons vu, en effet [66], que les enfants nés d'une mère esclave sont esclaves de naissance ; et telle est aussi la décision que suivent constamment Gaïus et Ulpien, sans examiner l'époque de la conception.

74. Cependant Martien (5), dont Justinien emprunte ici les expressions, annonce une décision plus favorable pour le cas où la mère, esclave à l'époque de l'accouchement, aurait été libre, soit au moment de la conception, soit à un instant quelconque de la grossesse. On a pensé, dit-il, que le malheur de la mère ne devait pas retomber sur l'enfant *qui in ventre est ;* or, en considérant l'espoir qu'il avait de naître libre, et l'événement qui le ferait naître esclave si l'on observait à son égard le droit des gens, on doit le plaindre de n'être pas né quelques jours ou même quelques instants plus tôt. Cette considération a

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 80 *et* 89 ; *Ulp.* 5 *reg.* 8 *et* 10 ; *Cels. fr.* 19, *de stat. hom.* — (2) *Gaius*, 1 *inst.* 91 ; *Ulp. fr.* 18, *de stat. hom.* — (3) *Gaius*, 1 *inst.* 77 *et* 78 ; *Ulp.* 5 *reg.* 8. — (4) *Gaius*, 1 *inst.* 89 ; *Ulp.* 5 *reg.* 8 *et* 10. — (5) *Fr.* 5, § 2 *et* 3, *de stat. hom.*

fait admettre, en faveur de la liberté ([1]), une exception qui ne s'étend à aucun autre cas. Ainsi, lorsqu'il s'agit de savoir, non pas si l'enfant, qui doit suivre la condition de sa mère, naîtra libre ou esclave, mais s'il naîtra citoyen, l'époque de la naissance est la seule que l'on considère ([2]).

§ I.

75. Un ingénu qui devient esclave perd la liberté qu'il avait en naissant. A la vérité il peut être affranchi ; mais alors, en le libérant d'une véritable servitude, la manumission ne lui rend pas sa liberté primitive. Elle lui confère une liberté nouvelle; dès lors il n'est plus ingénu. C'est un affranchi. Il en est tout autrement d'un homme libre qui se trouve *in servitute*, en ce sens qu'il passe pour esclave sans l'être réellement. Dans ce cas il n'existe qu'une servitude apparente. La manumission de ce prétendu esclave ne saurait lui conférer une liberté nouvelle ni, par conséquent, changer sa condition. Ainsi, en pareil cas, celui qui était ingénu conserve cette qualité : en effet, l'affranchissement qui a pour but de conférer à l'affranchi des droits nouveaux ne détruit pas les droits qui lui appartenaient déjà, notamment ceux qu'il tenait de sa naissance. C'est en ce sens que l'on dit ici *natalibus non officere manumissionem.*

([1]) *Paul.* 2 *sent.* 24, § 2 *et* 3. — ([2]) *Gaius,* 1 *inst.* 90 ; *Ulp. fr.* 18, *de stat. homin.* — ([3]) *Modest. fr.* 21, *eod.*

TITULUS V.

DE LIBERTINIS.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis ; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est: manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit : utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus

TITRE V.

DES AFFRANCHIS.

Sont affranchis ceux que la manumission a délivrés d'une servitude légitime. La manumission est le don de la liberté ; en effet, tant qu'un individu est esclave, on le tient sous sa main et sous sa puissance, et la manumission le met hors de puissance. Cette institution tire son origine du droit des gens ; car d'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres, et l'on ne con-

naissait pas l'affranchissement, puisque l'esclavage était inconnu. Mais, dans le droit des gens, l'invasion de la servitude amena bientôt le bénéfice de manumission. Il n'y avait d'abord pour tous qu'un titre naturel et commun, le titre d'homme. Bientôt le droit des gens distingua trois espèces d'hommes : les hommes libres, et par opposition à ceux-ci, les esclaves; enfin les affranchis, qui ont cessé d'être esclaves.

esset incognita. Sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno naturali nomine homines appellarentur, jure gentium tria genera esse cœperunt : liberi et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

1. La manumission a lieu de plusieurs manières, soit dans les saintes églises, conformément aux constitutions impériales, soit par la vindicte, soit entre amis, soit par lettres, soit par testament ou par tout autre acte de dernière volonté. Un esclave peut encore obtenir la liberté de beaucoup d'autres manières, introduites par les anciennes constitutions et par les nôtres.

1. Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.

2. Le maître peut à tout instant affranchir ses esclaves. Il le peut même au passage du préteur, du président, ou du proconsul; par exemple, lorsqu'ils vont au bain ou au théâtre.

2. Servi autem a dominis semper manumitti solent ; adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor aut præses aut proconsul in balneum vel in theatrum eant.

3. Les affranchis se divisaient précédemment en trois classes; en effet, la manumission leur conférait tantôt une liberté entière et civile, et alors ils devenaient citoyens romains; tantôt une liberté moins étendue, et d'après la loi Junia Norbana, ils devenaient Latins; tantôt enfin une liberté encore inférieure, et la loi Ælia Sentia les rangeait au nombre des déditices.

3. Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat : nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia dedititiorum numero.

Sed dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non frequentatur. Ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit et in pristinum statum perduxit : quia et a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, ea quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus; Latinos autem Junianos, et omnem quæ circa eos fuerat observantiam, alia constitutione per ejusdem quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos nullo nec ætatis manumissi, nec dominii manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate romana donavimus : multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate romana, quæ sola est in præsenti, præstari (1).

(1) Si quis manumittens servum aut ancillam suam, cives denunciaverit romanos (non enim aliter licet)... qui libertatem acceperit, habebit et aureorum annulorum et regenerationis jus. (*Nov.* 78, *cap.* 1.)

Illud vero adjicimus, ut nihil neque post hanc legem nostram lædantur patronatus jura. (*Ibid.*, *cap.* 2.)

Mais depuis longtemps cette dernière classe des déditices a disparu ; le titre de Latin lui-même est devenu peu commun ; aussi, dans notre humanité, désirant tout agrandir, tout améliorer, nous avons rendu deux constitutions pour réformer cette législation et la ramener à son premier état. En effet, dès le berceau de Rome, il n'y avait pour l'affranchi qu'une seule et unique liberté, la même dont jouissait l'affranchissant, si ce n'est que le premier n'était qu'un affranchi, lors même que le second était ingénu. Nous avons donc supprimé les déditices, par une constitution promulguée au nombre des décisions qui, sur l'avis de Tribonien, personnage éminent, notre questeur, ont mis fin aux discussions de l'ancien droit. La classe des Latins Juniens, et tout ce qui la concernait, a été réformée, sur l'avis du même questeur, par une autre constitution impériale, et l'une des plus remarquables. Ainsi, tous les affranchis, sans aucune distinction dans l'âge de l'esclave ou dans la propriété du maître, et dans le mode d'affranchissement, ont été, conformément à l'ancien usage, décorés par nous du titre de citoyens romains. Nous avons aussi introduit plusieurs manières de conférer aux esclaves la liberté avec le titre de citoyen romain, dont elle est aujourd'hui inséparable (1).

(1) Comme, en affranchissant un esclave de l'un ou l'autre sexe, on le rend citoyen romain (puisque cela ne peut pas être autrement), celui qui reçoit la liberté aura aussi le droit de porter l'anneau d'or et le droit de régénération.

Nous ajoutons que la présente loi ne déroge en rien, même pour l'avenir, aux droits de patronage.

EXPLICATION.

PR.

76. D'après ce qui précède, la qualité d'affranchi résulte

moins du fait de la manumission que de la cessation, et, par conséquent, de la préexistence d'un véritable esclavage. Aussi le titre de *libertinus* s'applique-t-il uniquement aux personnes libérées *ex justa servitute*.

Au lieu du mot *libérés* dont je me sers, le texte dit *manumissi*, libérés par manumission, ce qui suppose un acte formel; et c'est ainsi, en effet, que les esclaves obtiennent ordinairement la liberté. Cependant, comme ils peuvent, en certains cas, l'obtenir sans aucune manumission ([1]), la définition que donnent les derniers mots du texte (*qui desierunt esse servi*), se trouve plus exacte que celle du commencement (*libertini sunt*, etc.) : peu importe, en effet, comment on cesse d'être esclave, pourvu qu'on l'ait été et qu'on ne le soit plus.

77. Remarquez dans le texte : 1° l'origine de la manumission, qui dérive, ainsi qu'on l'a déjà dit, du droit des gens; 2° sa définition *datio libertatis;* 3° enfin la division tripartite, qui oppose d'abord les personnes libres aux personnes esclaves, et range ensuite dans une troisième classe les affranchis *qui desierunt esse servi*. Les affranchis sont libres dans l'acception générale du mot, lorsqu'on l'applique, comme nous l'avons vu précédemment [61 et 71], à quiconque n'est pas esclave; mais ici il s'agit des personnes qui sont libres par excellence, en ce sens qu'elles l'ont toujours été, en un mot des ingénus. Ainsi entendue, la qualité d'homme libre n'appartient point aux affranchis. Ulpien ([2]), auteur primitif de cette partie du texte, a donc pu ranger ces derniers dans une classe particulière.

§ I.

78. Justinien énumère ici, sans faire aucune distinction, plusieurs manières d'affranchir qui n'ont pas la même origine, et qui avant lui ne produisaient pas le même effet [80].

Ainsi le maître peut affranchir son esclave de plusieurs manières : 1° dans l'église (*in sacrosanctis ecclesiis*), en présence du peuple et avec l'assistance des évêques qui signent l'acte de manumission (*a*). Ce mode, introduit par Constantin, paraît

([1]) Tot. tit. D., *qui sine manum.* — ([2]) *Fr.* 4, *de just. et jur.*

(*a*) *Constant. C.* 1, *de his qui in eccles.* Du vivant de Pothier (40 *pand.* 1, n° 1), il existait encore un monument de cette espèce d'affranchissement sur la porte de la principale église d'Orléans.

avoir remplacé l'affranchissement par le cens, qui depuis longtemps était tombé en désuétude. Le cens se faisait à Rome tous les cinq ans, et l'esclave qui, avec la permission de son maître, s'était fait recenser parmi les citoyens romains, était par cela même affranchi (*a*).

Un maître affranchit aussi : 2° par la vindicte (*b*), devant le magistrat compétent, avec des formes et des paroles solennelles; 3° entre amis, et 4° par lettre, c'est-à-dire par une déclaration verbale (*inter amicos*) ou écrite (*per epistolam*), mais faite, dans l'un et l'autre cas, en présence de cinq témoins, qui signent la déclaration écrite ou l'acte constatant la déclaration verbale du maître [1] ; 5° par testament ou par un autre acte de dernière volonté (*per aliam quamlibet ultimam voluntatem*) c'est-à-dire par codicille [2]; 6° enfin par plusieurs autres manières anciennes et nouvelles, dont l'énumération se trouve au Code [3].

§ II.

79. Il s'agit ici des affranchissements par la vindicte et d'une règle commune aux actes de juridiction volontaire, tels que la manumission, l'adoption, etc., actes pour lesquels plusieurs personnes se présentent ordinairement devant le magistrat et invoquent son autorité d'un commun accord. Dans ce cas, et en sens inverse de la juridiction contentieuse qui suppose une contestation, les parties ne sont pas tenues de se présenter à certains jours devant le tribunal du magistrat. Elles peuvent profiter de sa présence en tout temps et en tout lieu, lors même qu'il se trouve hors de sa province [4].

Toutefois cette faculté d'affranchir partout et à tous les instants n'existait réellement que pour les esclaves âgés de trente ans au moins. D'après la loi Ælia Sentia, les esclaves qui n'avaient pas encore atteint cet âge ne devenaient libres et citoyens que lorsqu'ils étaient affranchis avec l'approbation d'un

(1) *C.* 1, § 1 *et* 2, *de lat. lib. toll.* — (2) V. *liv.* 2, *tit.* 25. — (3) *C. de lat. lib. toll.*; V. § 12, *de adopt.* — (4) *Gaius*, *fr.* 7, *de man. vind.*; *Marcian. fr.* 2, *de offic. procons.*; *Paul. fr.* 36, *de adopt.*

(*a*) Voyez Gaius (1 *inst.* 17), Ulpien (1 *reg.* 8); voyez aussi la *Disputatio forensis de manumissionibus*, dans la première partie du *Juris civilis enchiridium*.

(*b*) Le mot *vindicta* vient du nom de la baguette dont se servait la personne qui se constituait *assertor libertatis* [1226]; *Gaius*, 4 *inst.* 16; *Ulp.* 1 *reg.* 7.

conseil dont nous parlerons plus loin [91 et 1367], en sa présence, et par conséquent à certains jours.

§ III.

80. Plusieurs distinctions introduites par les lois Junia Norbana et Ælia Sentia avaient divisé les affranchis en trois classes. Justinien, au contraire, rétablissant parmi eux l'égalité primitive, décide qu'en devenant libres, ils deviendront tous citoyens romains. Ceci exige quelques explications; mais auparavant il importe d'observer que si la volonté du maître est nécessaire, elle ne suffit pas pour conférer la liberté; elle doit être accompagnée de certaines formes. Sans doute, en l'absence des solennités requises, le maître pourra permettre à ses esclaves de vivre comme s'ils étaient libres, et par conséquent les laisser *in libertate;* mais ce ne sera là qu'une tolérance dont le maître pourra se départir à chaque instant, tandis qu'une manumission régulière soustrait irrévocablement l'esclave à la puissance dominicale.

81. Le droit civil ne reconnaissait comme véritablement affranchis que les esclaves dont le maître, investi du domaine quiritaire, s'en était dépouillé par le cens, par la vindicte ou par testament ([1]). Autrement, la volonté d'affranchir ne libérait pas l'esclave; elle le mettait seulement *in libertate* ([2]). Dans cette position il jouissait en fait d'une liberté qui ne lui était pas légalement acquise; un changement de volonté semblait devoir suffire pour le replacer *in servitute*, mais le préteur s'y opposait; il maintenait *in libertate* les esclaves qui s'y trouvaient par la volonté du maître, sans cependant priver celui-ci des autres effets de sa puissance, par exemple, du droit d'acquérir par ces esclaves, conformément aux règles qui seront exposées plus loin [516].

82. Ce tempérament du droit prétorien fut converti, vers la fin de la république, en une disposition de droit civil, par la loi Junia Norbana (*a*), qui reconnut comme libres tous les esclaves que le préteur maintenait auparavant *in libertate.* Dès lors ils commencèrent à former une classe de véritables affran-

([1]) *Gaius*, 1 *inst.* 17; *Ulp.* 1 *reg.* 6. — ([2]) *Gaius*, 3 *inst.* 56.

(*a*) Portée l'an de Rome 671, sous le consulat de C. Scipion et de Junius Norbanus.

chis, et eurent, sous le nom de Latins Juniens, des droits particuliers. On les appela Latins parce qu'ils furent assimilés aux *Latini colonarii*, c'est-à-dire, aux ingénus qui, à une époque antérieure, étaient sortis de Rome pour se fixer dans les colonies du *Latium* (1); on leur donna la qualification de Juniens, à cause de la loi Junia qui leur conférait la liberté, sans y joindre les droits de cité. Ils n'avaient même, à proprement parler, qu'une liberté viagère : le Latin Junien, qui vivait libre, était réputé, lors de son décès, n'avoir jamais cessé d'être esclave; aussi le *manumissor* ou ses héritiers exerçaient-ils sur les biens acquis par le défunt tous les droits d'un véritable maître [883].

83. Après la loi Julia Norbana, la loi Ælia Sentia (*a*) introduisit de nouvelles distinctions, notamment en ce qui concerne l'âge et la condition des esclaves. D'une part, en effet, ceux qui sont affranchis avant l'âge de trente ans, même par la vindicte, restent en dehors de la cité romaine, et sont relégués parmi les Latins, à moins que la manumission n'ait été autorisée par un conseil spécial [91 et 1367]; et d'autre part, les esclaves qui, après avoir encouru certaines punitions, comme la marque, la torture, etc., obtiennent la liberté à un âge et par une manumission quelconque, sont assimilés aux *peregrini dedititii*. On appelait ainsi les étrangers qui, après avoir pris les armes contre Rome, s'étaient ensuite livrés à discrétion (2). Ainsi se forma une troisième classe d'affranchis, celle des affranchis déditices dont la condition ne pouvait s'améliorer ; ils ne devenaient jamais ni citoyens ni Latins (3); tandis que les Latins Juniens devenaient citoyens romains, *iteratione* (4), lorsqu'ils étaient affranchis de nouveau et avec les solennités requises par un maître ayant, comme nous l'avons dit, le domaine quiritaire [81]. La qualité de citoyen romain leur était aussi acquise ou par une concession du prince [884], ou par l'accomplissement de certaines conditions énumérées par Ulpien (5).

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 131. — (2) *Gaius*, 1 *inst.* 13 *et* 14; *Ulp.* 1 *reg.* 11. — (3) *Gaius*, 1 *inst.* 15, 26 *et* 27. — (4) *Ulp.* 3 *regul.* 4. — (5) *Ulp. ibid.*

(*a*) Portée pendant le règne d'Auguste, l'an de Rome 757, sous le consulat d'Ælius Catus et de Sentius Saturninus, 86 ans après la loi Junia Norbana que l'on placerait mal à propos sous le consulat de Junius Silanus et de Norbanus Balbus, en l'année 772. Le texte de Gaïus (1 [illegible]. 29, 30, 31, 66, etc.; 3 *inst.* 73 *et* 74) prouve l'antériorité de la loi Junia sur la loi Ælia Sentia; il faut donc reporter la première au consulat de Junius Norbanus et à l'an de Rome 671.

84. Pour ramener ces trois classes d'affranchis à une seule, Justinien rappelle la désuétude déjà ancienne des règles concernant les déditices, et supprime la distinction qui séparait encore les Latins des autres affranchis. En conséquence, il déclare tous les affranchis citoyens romains, en décidant qu'on ne distinguera plus à l'avenir quel est l'âge de l'esclave, quel genre de propriété son maître avait sur lui, ni quel mode d'affranchissement il a employé. Ainsi les différentes manières d'affranchir que Justinien a conservées ou introduites produiront toutes les mêmes effets, et suffiront désormais pour élever un esclave au rang de citoyen (1).

85. L'empereur, qui supprime ici toute différence entre les affranchis, et les déclare tous citoyens, les a considérés plus tard comme régénérés par la manumission même, et en accordant aux affranchis les mêmes honneurs qu'aux ingénus, il a confondu ces deux classes de personnes sans préjudicier cependant aux droits du patron (2).

(1) *Text. hic; C. de latin. libert. toll.* — (2) *Nov.* 78, *cap.* 1 *et* 2.

TITRE VI.

A QUI, ET POUR QUELS MOTIFS, IL EST IMPOSSIBLE D'AFFRANCHIR.

La faculté d'affranchir à volonté n'appartient cependant pas à tous les maîtres; car la manumission, faite en fraude des créanciers, ne produit aucun effet, parce que la loi Ælia Sentia empêche la liberté.

1. Toutefois le maître insolvable peut, par testament, instituer son esclave héritier, et lui donner en même temps la liberté, afin que, devenant libre, il devienne aussi héritier unique et nécessaire; mais il faut qu'il ne se trouve aucun autre héritier en vertu du même testament, soit faute d'in-

TITULUS VI.

QUI ET QUIBUS EX CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit; quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

1. Licet autem domino qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat heresque ei solus et necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is qui

scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus adficiatur.

stitution, soit que, par une raison quelconque, l'institué ne devienne point héritier. C'est ce qu'a prévu la même loi Ælia Sentia, et avec raison : car il fallait nécessairement pourvoir à ce que des insolvables qui ne pourraient trouver aucun autre hériter, eussent au moins leur esclave pour héritier nécessaire. Alors, en effet, cet héritier satisfera les créanciers, ou, faute par lui de les satisfaire, ceux-ci vendront les biens de l'hérédité sous le nom de l'esclave, afin de ménager l'honneur du défunt.

2. Idemque juris est, et si sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur : cum non est verisimile, eum quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

2. Il en est de même lorsqu'on institue l'esclave sans lui donner la liberté; car une de nos constitutions décide, non seulement à l'égard du maître insolvable, mais en général, et par un nouveau motif d'humanité, que la liberté résulte, pour l'esclave, de l'institution même. En effet, il n'est pas vraisemblable qu'en se choisissant un héritier, on veuille, lorsqu'on omet de l'affranchir, le laisser esclave et n'avoir point d'héritier.

3. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant. Sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines.

3. Affranchit en fraude de ses créanciers celui qui, à l'époque de l'affranchissement, est déjà insolvable, ou doit le devenir par l'effet même de la manumission. Cependant il a prévalu que, si le maître n'a pas eu l'intention de frauder ses créanciers, l'insuffisance des biens n'empêche pas la liberté. Souvent, en effet, l'homme s'exagère à lui-même ses propres ressources. Ainsi, pour empêcher la liberté, il faut que les créanciers soient fraudés tout à la fois par

l'intention de l'affranchissant et par le fait même, c'est-à-dire par l'insuffisance des biens.

Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus.

4. D'après la même loi Ælia Sentia, le maître, mineur de vingt ans, ne peut affranchir que par la vindicte, après avoir fait approuver en conseil une cause légitime d'affranchissement.

4. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis probata, fuerint manumissi.

5. Il y a cause légitime de manumission, par exemple, lorsqu'on ve t affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, ses frères ou sœurs naturels, son précepteur, sa nourrice, son nourricier, son nourrisson, son frère de lait, l'homme dont on veut faire son procureur, ou la femme qu'on veut épouser, pourvu cependant qu'on l'épouse dans les six mois, à moins d'empêchement légitime; et pourvu que l'homme dont on veut faire son procureur ne soit pas affranchi avant l'âge de dix-sept ans.

5. Justæ autem manumissionis causæ hæ sunt: veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, nutricem, educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa: dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat; et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur.

6. Que le motif soit vrai ou faux, l'approbation, une fois donnée, ne se rétracte point.

6. Semel autem causa probata, sive vera sit sive falsa, non retractatur.

7. La loi Ælia Sentia avait donc limité, pour le maître mineur de vingt ans, la faculté d'affranchir. Il en résultait qu'après quatorze ans accomplis, bien qu'on pût faire son testament, instituer un héritier et laisser des legs, cependant on ne pouvait, jusqu'à l'âge

7. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus erat, eveniebat ut qui quatuordecim annos ætatis expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi heredem

instituere, legataque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset.

de vingt ans, donner la liberté à un esclave.

Quod non erat ferendum, si is cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, uni servo dare libertatem non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare. Sed cum libertas inestimabilis est, et propter hoc ante XX ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat, ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleverit, et octavum decimum annum tetigerit (1). Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertates dandas servis suis possint pervenire?

Ainsi, par une intolérable contradiction, le maître, qui pouvait disposer de tous ses biens par testament, n'avait pas la permission d'affranchir un seul esclave. Quant à nous, nous lui donnons, pour ses esclaves comme pour tous ses autres biens, la faculté de disposer par dernière volonté, comme il l'entendra. Il pourra donc aussi leur accorder la liberté. Néanmoins, comme la liberté n'a point de prix, et que, par ce motif, l'antiquité défendait de la donner avant l'âge de vingt ans, nous avons pris un moyen terme en permettant au mineur de vingt ans de donner la liberté par testament, mais seulement après avoir accompli sa dix-septième et atteint sa dix-huitième année (1). En effet, puisqu'à cet âge, l'antiquité lui permettait de postuler pour autrui, pourquoi ne pas lui reconnaître un discernement assez sûr pour conférer la liberté à ses esclaves?

(1) Sancimus ut licentia sit minoribus, in ipso tempore in quo licet eis testari de alia substantia, etiam servos suos in ultimis voluntatibus manumittere. (*Nov.* 119, cap. 2.)

(1) Nous voulons que les mineurs, parvenus à l'âge où ils peuvent tester de leurs autres biens, puissent aussi, par acte de dernière volonté, affranchir leurs esclaves.

EXPLICATION.

PR.

86. Quoiqu'il se montre favorable aux manumissions, Justinien n'accorde pas aux maîtres qui veulent affranchir leurs esclaves une latitude sans bornes. Il maintient quelques unes des restrictions établies par les lois anciennes, notamment par la loi Ælia Sentia, loi qui, indépendamment des conditions

relatives à la personne des affranchis, et dont nous avons parlé au titre précédent, contenait à l'égard des maîtres deux prohibitions spéciales. Il leur était défendu d'affranchir, soit en fraude de leurs créanciers, soit avant l'âge de vingt ans (1).

87. Les créanciers peuvent faire vendre les biens du débiteur pour être payés sur le prix (2). Ils peuvent même, en vertu des édits prétoriens, faire révoquer les aliénations consenties en fraude de leurs droits, et, par exemple, l'aliénation d'un esclave comme celle de tout autre objet (3); mais lorsqu'un homme a cessé d'être esclave, la liberté, une fois acquise, ne peut plus être retirée (4). Les effets de l'affranchissement étaient donc impossibles à réparer, même en cas de fraude; dès lors il a fallu s'opposer à la manumission, en sorte que la liberté, lorsque le maître l'aurait donnée en fraude de ses créanciers, ne fût point acquise à l'esclave. Effectivement la loi Ælia Sentia empêche l'affranchissement, qui, dans ce cas, reste non avenu (*nihil agit*), du moins à l'égard des créanciers fraudés.

Quant au débiteur, il peut d'autant moins contester la validité de la manumission, que nul n'est admis à se prévaloir de sa propre fraude. Et les créanciers eux-mêmes ne peuvent plus se plaindre de la manumission, lorsqu'ils l'ont approuvée tacitement en laissant écouler un délai de dix ans (5).

§ I.

88. Il est même une espèce d'affranchissement que les créanciers ne peuvent jamais critiquer : c'est celui que le maître confère à un de ses esclaves en l'instituant héritier. L'héritier étant tenu de toutes les obligations du défunt, ce serait en vain qu'un insolvable instituerait des personnes libres, car elles pourraient refuser son hérédité, qui, vraisemblablement, ne serait pas non plus acceptée, *ab intestat*, par les héritiers légitimes. Or, à défaut d'héritiers, les biens du défunt seraient vendus sous son nom par ses créanciers. C'est un affront dont l'insolvable ne peut préserver sa mémoire qu'en instituant un héritier nécessaire. Cet héritier, à qui l'hérédité sera acquise, même malgré lui, est un esclave institué et en même temps affranchi par le testament de son maître [663]; et c'est pour

(1) *Pr. et* § 4, *h. t.* — (2) *Pr. de success. subl.* — (3) § 6, *de action.*; *Ulp. fr.* 6. § 5, *quæ in fraud.* — (4) § 5, *de eo cui libert.* — (5) *Paul. fr.* 1, § 1, *de statu lib.*; *fr.* 16, § 3, *qui et a quib.*

rendre l'institution possible que la loi Ælia Sentia autorise l'affranchissement malgré l'insolvabilité du maître. Cet esclave sera donc héritier et même seul héritier (*heres ei solus*), car le maître insolvable n'affranchit ainsi qu'un seul esclave, et celui-ci n'acquiert l'hérédité et la liberté qu'à défaut de toute autre personne instituée dans le même testament, *si modo nemo alius*, etc.

§ II

89. Le testateur qui institue son propre esclave, manifeste par cela même l'intention de l'affranchir, puisque l'institué ne pourrait pas devenir héritier en restant esclave ; toutefois la volonté du maître sans l'emploi des formes légales ne suffit pas pour conférer la liberté ; or, l'ancien droit exigeait que le testateur s'exprimât en termes solennels, ce qui excluait toute manumission tacite. Il est vrai qu'un jurisconsulte proculéien, Atilicinus, croyait l'institution suffisante ; mais son avis n'avait point été suivi dans l'usage (1). Justinien, qui, par humanité, adopte l'ancienne opinion d'Atilicinus, la transforme en une règle générale pour tous les maîtres, même solvables, qui institueront leur esclave sans l'affranchir expressément (2).

§ III.

90. Puisqu'un maître ne peut affranchir en fraude de ses créanciers, sachons ce qu'on entend par fraude.

Fraudare, dans son acception primitive, ne signifie rien de plus que frustrer ; dans ce sens les créanciers seraient fraudés par cela seul que le débiteur serait insolvable ; et c'est ainsi que la loi Ælia Sentia était entendue par Gaïus (3), d'après lequel Justinien déclare en commençant qu'il y a fraude, soit lorsque le maître est déjà insolvable, soit lorsqu'il le devient par suite de l'affranchissement même. Ce système ne considère que les résultats, sans s'arrêter à l'intention du maître, parce que les débiteurs s'abusent, et se croient souvent plus riches qu'ils ne le sont réellement (*a*).

(1) *Ulp.* 22 *reg.* 12 ; *Paul. fr.* 57, *de her. inst.* — (2) *Pr. de her. inst.* — (3) *Fr.* 10, *qui et a q*

(*a*) *Sæpe enim*, etc. Pour trouver quelque suite dans le texte, il faut lire ces mots comme ils se lisent dans Gaïus même (*d. fr.* 10, *qui et a quib. man.*), c'est-à-dire, immédiatement après ceux-ci, *desiturus est solvendo esse*. La phrase *prævaluisse*

Julien (1), au contraire, ne se contente pas du tort réel que l'affranchissement causerait aux créanciers ; il exige, en outre, pour appliquer la loi Ælia Sentia, que le débiteur ait agi sciemment et avec intention de nuire à ses créanciers ; en d'autres termes, que ces derniers aient été doublement fraudés (*cum utroque modo fraudantur*), c'est-à-dire qu'ils l'aient été de fait et d'intention. Cette opinion a prévalu (*prævaluisse tamen videtur*). Ainsi, en règle générale, la fraude résulte d'un tort réel et volontairement causé par le débiteur (2).

§ IV.

91. Un maître, mineur de vingt ans, ne peut affranchir que par la vindicte et pour des motifs légitimes approuvés par un conseil spécial, dont Gaïus (3) et Ulpien (4) indiquent la composition.

On est mineur ou majeur relativement à un âge quelconque, selon qu'on est au-dessous ou au-dessus de cet âge. Au dernier jour de la dernière année, on n'est pas encore au-dessus ; mais on n'est déjà plus au-dessous, ce qui suffit ici pour n'être pas compris dans une prohibition qui ne concerne que les mineurs de vingt ans (*a*).

En soumettant les mineurs de vingt ans à la nécessité de motiver l'affranchissement et d'en faire approuver le motif, la loi exige, en outre, qu'ils affranchissent par la vindicte (5) ; et l'on n'en sera pas étonné lorsqu'on saura que le plus souvent les affranchissements approuvés s'opéraient immédiatement, devant le conseil même (6), par l'autorité du magistrat, et conséquemment par la vindicte. Du reste, l'approbation du conseil n'était pas moins nécessaire pour la manumission *inter ami-*

(1) *Fr.* 15, *quæ in fraud.* — (2) *Pap. fr.* 79, *de reg. jur.* — (3) 1 *inst.* 20. — (4) 1 *reg.* 13. — (5) *Text. hic.; Gaius*, 1 *inst.* 38. — (6) *Tex. hic.* V. *Gaius*, 1 *inst.* 20.

---

tamen, etc., est d'autant plus mal intercalée entre l'opinion de Gaïus et le motif donné par ce jurisconsulte, qu'elle consacre un principe directement opposé, principe qui ne devrait pas lui-même être séparé de sa conséquence, *itaque tunc*, etc.

(*a*) *Ulp. fr.* 1, *de manum.* Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une faveur accordée jusqu'à un certain âge, par exemple, de celle qui permet aux mineurs de vingt-cinq ans de faire rescinder tout acte qui les aurait lésés (§ 5, *de her. qual.*; § 33, *de act.*). Dans ce cas, on est considéré comme mineur, même dans la dernière heure de la vingt-cinquième année (*Ulp. fr.* 3, § 3, *de minor. vigint.*).

cos [1], et probablement pour toutes les autres manières d'affranchir entre-vifs qui ne donnaient pas les droits de cité.

92. Quant aux dispositions de dernière volonté, le mineur de vingt ans ne confère la liberté directe [2] que dans le cas où il institue un de ses esclaves pour avoir un héritier nécessaire [3]. Mais lorsqu'il existe des motifs suffisants pour faire approuver la manumission entre-vifs, il peut, dans son testament, affranchir indirectement par fidéicommis [4].

§ V.

93. Le conseil ne doit approuver l'affranchissement que pour un des motifs spécialement indiqués par la loi (*justa causa*), comme ceux que Justinien énumère d'après Gaïus [5] et par forme d'exemples, car il en existe plusieurs autres [6]. Remarquez, entre autres causes, celle qui permet d'affranchir une femme pour l'épouser (*matrimonii causa*), et un homme pour s'en faire un procureur (*procuratoris habendi gratia*). Dans le premier cas, le maître jure qu'il épousera l'affranchie dans les six mois [7], et il doit l'épouser en effet, à moins d'empêchement légal ; ce qui s'entend d'un empêchement survenu après la manumission, car une impossibilité antérieure exclurait la juste cause d'affranchissement [8]. Dans l'intervalle entre la manumission et le mariage, ou l'expiration des six mois, l'état de la femme reste en suspens [9].

L'esclave que son maître veut affranchir pour en faire son procureur doit avoir dix-sept ans accomplis. Autrement il ne serait pas capable de postuler, c'est-à-dire d'exposer devant un magistrat la demande d'une partie ou la défense de l'autre [10].

§ VI.

94. L'approbation du conseil est irrévocable, lors même qu'elle a été accordée sur un faux motif. Ainsi, pour empêcher l'affranchissement, il faut contredire le motif allégué et s'opposer à son admission ; car il est impossible de revenir sur la décision prise [11], ou à plus forte raison sur la manumission

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 41. — (2) § 7, *h. t.*; *Gaius*, 1 *inst.* 40. — (3) *Paul. fr.* 27, *de test. mil.* — (4) *Ulp. fr.* 4, § 18, *de fideic. libert.*; *Alex. C.* 4, *de test. mil.* V. § 2, *de sing. reb.* — (5) *Inst.* 19 *et* 39. — (6) *Marcian. et Ulp. fr.* 9, 11, 12, 13 *et* 14, *de manum. vind.* — (7) *Ulp. fr.* 13, *eod.* — (8) *Marcian. fr.* 14, *in fin.*, *eod.* — (9) *Cels. fr.* 19, *eod.* — (10) *Fr.* 1, §§ 2 *et* 3, *de postul.* V. § 7, *h. t.* — (11) *Marc.*, *fr.* 9, § 1, *de man. vind.*

consommée [1]. En effet, il s'agit moins d'empêcher l'affranchissement que de suppléer à la prudence dont un maître trop jeune pourrait manquer, et l'on croit y suppléer suffisamment par celle du conseil. Le motif légitime n'est donc pas ici le motif vrai, mais le motif approuvé (voyez toutefois 301).

§ VII.

95. L'homme à quatorze ans, et la femme à douze ans, disposent librement de tous leurs biens par testament [2] ; ils peuvent donc léguer tous leurs esclaves, et cependant la loi Ælia Sentia défendait au mineur de vingt ans d'en affranchir un seul. Gaïus [3] en avait déjà fait la remarque, sans s'étonner de ce résultat, parce que l'aliénation des esclaves n'a rien de commun avec leur affranchissement. Tant qu'ils ne deviennent pas libres, il est indifférent pour l'ordre public qu'ils changent de maître ; mais lorsqu'il s'agit de les rendre libres et citoyens, l'intérêt de l'État exige qu'on ne leur confère pas légèrement des droits aussi importants.

Justinien, qui signale ici une prétendue inconséquence, ne la fait cependant pas cesser. Il prend un terme moyen ; il veut que le maître puisse, à l'âge de dix-sept ans accomplis, affranchir par testament des esclaves qu'il pourrait léguer à quatorze ou même à douze ans. La liberté, dit Justinien, est d'un prix inestimable : elle l'est effectivement pour celui qui la reçoit ; mais pour le maître qui la donne, elle vaut tout juste le prix vénal de l'esclave.

Dans la suite, l'empereur a permis d'affranchir par testament dès l'âge où l'on peut tester [4], sans rien changer du reste aux affranchissements entre-vifs. A cet égard, la prohibition subsiste jusqu'à l'âge de vingt ans.

(1) *Ant. C.* 1, *de vind. libert.* — (2) § 1, *quib. non est. perm.* — (3) 1 *inst.* 40. — (4) *Nov.* 119, *cap.* 2.

TITRE VII.

DE L'ABROGATION DE LA LOI FUSIA CANINIA.

La loi Fusia Caninia avait mis des bornes à l'affranchissement des esclaves par testament.

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA SUBLATA.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis.

Quam quasi libertates impedientem et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

Nous avons cru devoir l'abolir comme faisant obstacle aux libertés dont elle se montrait en quelque sorte avare. Il était odieux en effet de laisser aux vivants, quand aucun autre motif n'empêchait l'affranchissement, la faculté de mettre en liberté tous leurs esclaves, et d'ôter au mourant la même faculté.

EXPLICATION.

96. La loi Fusia Caninia, portée sous le règne d'Auguste, l'an de Rome 761, pendant le consulat de Fusius ou Furius Camillus, ne s'est point occupée des manumissions entre-vifs; elle n'a limité que les manumissions testamentaires, en fixant, d'après le nombre des esclaves appartenant au testateur, le nombre de ceux qu'il pourrait affranchir (1). Cette latitude, laissée d'un côté, et cette restriction mise de l'autre, sont considérées par Justinien comme une injustice qui motive suffisamment l'abrogation de la loi Fusia Caninia (2). Cependant on est souvent obligé de défendre au testateur ce qu'on permet sans danger au donateur qui se dépouille de son vivant; car le premier donne plus facilement que le second. Aussi les testateurs libéraient-ils souvent tous leurs esclaves par une générosité peu coûteuse pour eux, mais nuisible à l'État, qu'elle inondait d'une foule d'affranchis indignes du titre de citoyens.

Au temps d'Auguste, la crainte d'un pareil abus avait produit plusieurs lois restrictives des manumissions (3); le titre de citoyen paraissait alors trop précieux pour être prodigué par la seule volonté du maître. Justinien, ainsi que nous l'avons dit, agit dans un esprit tout différent; il facilite les affranchissements, favorise les affranchis, les élève tous au droit de cité, et même au rang d'ingénus [84].

97. La même loi Fusia Caninia voulait aussi que chaque esclave fût affranchi nommément (4). Elle est également abrogée sous ce rapport.

(1) *Ulp.* 1 *reg.* 24; *Gaius*, 1 *inst.* 42, *etc.* — (2) *Text. hic.* V. *C.* 1, *eod.* — (3) *V. pr., de her. inst.* — (4) § 25, *de legat.*; *Ulp.* 1 *reg.* 25.

TITRE VIII.

DE CEUX QUI DÉPENDENT OU D'EUX-MÊMES OU D'AUTRUI.

Ici se présente, relativement au droit des personnes, une nouvelle division. Certaines personnes ne dépendent que d'elles-mêmes; d'autres sont sous la dépendance d'autrui; et parmi ces dernières, les unes sont en puissance d'ascendant, les autres en puissance de maître. Occupons-nous donc de celles qui dépendent d'autrui; car, lorsque nous connaîtrons ces personnes, nous connaîtrons par là celles qui ne dépendent que d'elles-mêmes. Et d'abord examinons celles qui sont en puissance de maître.

1. Sont en puissance de maître les esclaves. Cette puissance est du droit des gens; car il est à remarquer chez toutes les nations, que les maîtres ont sur leurs esclaves le droit de vie et de mort, et que toute chose acquise par l'esclave est acquise au maître.

2. Mais aujourd'hui aucun des sujets de notre empire ne peut, sans motif légal, sévir au delà des bornes contre ses esclaves. En effet, d'après une constitution de l'empereur Antonin le Pieux, le maître qui fait périr son esclave, sans motif, doit être puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui. La

TITULUS VIII.

DE IIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Sequitur de jure personarum alia divisio: nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentium, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de iis quæ alieno juri subjectæ sunt; nam si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de iis quæ in potestate dominorum sunt.

1. In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

2. Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire: nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alie-

num servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur: nam consultus a quibusbam præsidibus provinciarum de iis servis qui ad ædem sacram vel ad statuas principum confugiunt, præcepit ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, et recte; expedit enim reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Marcianum emissi verba sunt hæc: « Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi; sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos cognoveris, væniri jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum. »

trop grande rigueur des maîtres est également réprimée par une constitution du même prince. Consulté par quelques présidents de provinces au sujet des esclaves qui se réfugient dans un temple ou sous la statue du prince, Antonin ordonna que le maître dont les sévices auraient été reconnus insupportables, serait forcé de vendre l'esclave à bonnes conditions, et en recevrait le prix: sage décision, car il importe à l'État que personne ne mésuse de sa chose. Ce rescrit, adressé à Ælius Marcien, est conçu en ces termes: « La puissance des maîtres sur leurs esclaves doit sans doute rester intacte, et nul ne doit être dépouillé de son droit; mais l'intérêt des maîtres eux-mêmes défend de refuser un secours imploré à juste titre contre les sévices, la faim ou des affronts intolérables. Informez donc sur les plaintes des esclaves qui ont quitté la maison de Sabinus, pour se réfugier à la statue du prince; et si vous reconnaissez qu'ils ont été châtiés trop durement ou couverts d'opprobres, faites-les vendre de manière qu'ils ne rentrent point sous la puissance de leur maître. Si Sabinus élude ma constitution, qu'il sache que je punirai sévèrement cette infraction. »

EXPLICATION.

98. Après la division principale des personnes en libres et en esclaves, et la subdivision des personnes libres en ingénus et

en affranchis, se présente une division nouvelle absolument indépendante de la première ; et cependant Justinien n'a pas distingué les citoyens romains des étrangers, bien que cette distinction ne soit elle-même qu'une autre subdivision des hommes libres, et par conséquent une dépendance de la division première. Ce silence peut s'expliquer.

Le titre de citoyen romain, et les droits de cité qui en dépendent, n'appartenaient d'abord qu'aux habitants de la ville ou de son territoire ; et la cité romaine ne s'étendait pas, à beaucoup près, aussi loin que l'empire et la domination du peuple romain. Dans la suite cependant le droit de cité fut accordé à des particuliers établis hors du territoire de Rome, et même à des villes entières. Enfin, Caracalla déclara le titre de citoyen romain commun à tous les sujets de l'empire. En vertu d'une constitution de ce prince, *in orbe romano qui sunt cives romani effecti sunt* (1). Toutefois cette concession ne s'appliquait qu'aux ingénus ; car pour les affranchis, on avait continué de distinguer parmi eux des citoyens, des Latins et des déditices. Justinien, qui abolit cette distinction, est donc réellement le premier qui ait rendu commun à tous les sujets libres de l'empire le titre de citoyen. Dès ce moment ils ne forment plus entre eux qu'une même cité, et n'ont qu'un seul droit civil.

89. Dans l'origine, il en était autrement ; plusieurs peuples ajoutés à l'empire continuaient à former des cités distinctes de la cité romaine, et régies chacune par un droit dont une partie leur était propre, tandis que l'autre se composait de règles communes et généralement observées *in orbe romano*. Tel est le signe auquel les jurisconsultes romains distinguent le droit des gens ou le droit naturel d'avec le droit civil. Ainsi, par exemple, ils considèrent les puissances dominicale et paternelle comme appartenant l'une au droit des gens, et l'autre au droit civil, parce qu'ils trouvent la première établie dans les autres cités de l'empire avec les mêmes effets, tandis que la puissance paternelle a, pour les citoyens romains, un caractère qu'on ne lui trouve point ailleurs (2). C'est dans le même sens que la tutelle des impubères est une institution du droit naturel (3), à la différence d'une autre tutelle à laquelle les femmes, d'après

(1) *Ulp. fr. 17, de stat. hom.* — (2) V. § 1, *h. t.*; § 2, *de patr. pot.* — (3) § 6, *de atil. tut.*

l'ancien droit civil romain, étaient soumises pendant toute leur vie [1].

Pour appliquer le droit civil, il fallait donc distinguer les personnes qui appartenaient ou non à la cité romaine, et par conséquent subdiviser les hommes libres en citoyens et en PEREGRINI ; je dirais en citoyens et en étrangers, si je ne craignais l'acception trop étendue dont notre mot *étranger* paraît susceptible. On pourrait croire qu'il comprend ici des peuples absolument indépendants de l'empire et de sa législation, peuples qui n'étaient connus à Rome que sous le titre de barbares [2], tandis que les *peregrini*, faisant tous partie de l'empire, n'étaient considérés comme étrangers que par opposition aux citoyens, en ce sens qu'ils étaient hors de la cité romaine, et ne participaient point aux droits civils. Il faut cependant excepter certaines classes de *peregrini* à qui ces droits avaient été accordés, du moins en partie.

Les *peregrini* se subdivisaient, sous ce rapport, en Latins, Italiens et provinciaux ; mais ces distinctions ayant été supprimées, entre les ingénus par Caracalla, et entre les affranchis eux-mêmes par Justinien, on ne doit plus trouver dans les Institutes de ce dernier aucune subdivision relative aux droits de cité, puisque la liberté devenait désormais inséparable du titre de citoyen romain [3].

PR.

100. Ici se présente une division nouvelle qui n'a rien de commun avec la précédente. Il s'agit des droits de famille.

Le mot famille désigne une corporation, dont on distingue deux espèces. La famille proprement dite, la seule que nous ayons besoin de connaître pour le moment, se compose de plusieurs personnes réunies sous la puissance d'un seul, *plures personas..... sub unius potestate* [4]. Ici famille et maison, *domus*, sont synonymes. Dans chaque maison il existe toujours un maître, un propriétaire unique ; c'est le *paterfamilias*, celui qui *in domo dominium habet*. Lors même qu'il n'a personne sous sa puissance, par cela seul qu'il est propriétaire, maître de la maison, il est père de famille ; car ce titre est absolument indépendant du fait de la paternité ; *non enim solam personam*

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 52, 55, 163 *et* 193 ; 3 *inst.* 93, 132 *et* 133. — (2) *Proœm.* § 1. — (3) § 3, *in fin.*, *de libert.* — (4) *Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. signif.*

ejus, sed et jus demonstramus (1). Aussi peut-on se trouver père de famille en naissant; il suffit pour cela de n'appartenir à la famille d'aucun autre, fût-on seul de la sienne, comme le sont toujours les femmes *sui juris* [107].

Indépendamment du chef, il peut exister dans la maison plusieurs autres personnes, toutes essentiellement soumises au père de famille.

101. De là vient la distinction des personnes en *sui juris* et *alieni juris*. Dans chaque famille, le chef, le maître de la maison, le *paterfamilias* est *sui juris;* toutes les autres personnes sont *alieni juris*, parce qu'elles dépendent du chef qui a sur elles la puissance dominicale ou la puissance paternelle.

Justinien s'occupe, dans ce titre, de la puissance dominicale et de ses effets.

§ I.

102. Nous avons vu plus haut [65] l'origine du pouvoir absolu que le droit des gens accorde au maître sur ses esclaves; ajoutons ici que, par rapport à son maître, l'esclave est moins considéré comme une personne que comme une chose dont le propriétaire a sans aucune restriction le droit de disposer, et dont il peut, à plus forte raison, tirer tout le profit possible. De là vient que l'esclave n'a et ne peut rien avoir à soi, et que tout ce qu'il acquiert appartient à son maître (2).

§ II.

103. La puissance absolue du maître sur la personne de ses esclaves dut être modifiée, et elle le fut en effet dès le règne d'Auguste.

D'après la loi Pétronia portée l'an de Rome 767, le dernier de ce règne, et d'après plusieurs sénatus-consultes postérieurs, la volonté du maître ne suffit plus pour réduire un esclave à combattre contre les bêtes féroces (3). Adrien défend la castration des esclaves, lors même qu'ils y consentent (4). Enfin, sous Antonin le Pieux, le maître qui a fait périr son esclave sans motif légitime, est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui (*non minus*, etc.) ou un homme libre, car dans l'un et l'autre cas le meurtrier subit la même peine (5).

(1) *Ulp., ibid.* — (2) § 3, *per quas pers. cuiq.* — (3) *Modest. fr.* 11, § 2, *ad. l. c. de sicar.* — (4) *Ulp. fr.* 4, § 2, *eod.* — (5) § 11, *de leg. aquil.*; *Marcian. fr.* 1, § 2, *ad. l. c. de sicar.*

104. Sans ôter au maître le droit de correction, Antonin prohibe aussi (*major asperitas*) les mauvais traitements. Les magistrats devront donc informer sur la plainte des esclaves ([1]), et, s'ils la trouvent fondée, contraindre le maître à les vendre *bonis conditionibus*, c'est-à-dire à des conditions également avantageuses pour lui et pour eux. Ainsi le maître n'est pas forcé de vendre ses esclaves au-dessous de leur juste valeur ; mais il ne doit pas non plus imposer à l'acheteur des conditions préjudiciables aux esclaves, comme celle de ne pas les affranchir, de les tenir aux fers, de les transférer dans un climat trop rigoureux, etc. ([2]).

105. Nul n'est obligé de céder sa propriété, même à juste prix ([3]). Antonin reconnaît lui-même que chacun peut disposer à son gré de ce qui lui appartient, et que la puissance du maître sur ses esclaves doit rester intacte (*illibatam*) ; mais ce n'est pas entamer le droit de propriété que de le renfermer dans de justes bornes ; car ce droit, loin d'être illimité, demeure toujours subordonné à l'intérêt général, que nul ne peut blesser, même en disposant de sa chose : *expedit reipublicæ ne quis sua re male utatur*. Or, cet intérêt se trouve nécessairement lésé lorsqu'un maître viole envers son esclave les lois de l'humanité ([4]).

([1]) *Ulp. fr.* 1, §§ 1 *et* 8, *de off. præf. urb.* — ([2]) V. *Theoph. hic.* — ([3]) *Paul. fr.* 9, *de act. rer. amot.* — ([4]) *Text. hic.* V. *Gaius*, 1 *inst.* 53.

TITULUS IX.

DE PATRIA POTESTATE.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus.

1. Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.

2. Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum ; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Sont en notre puissance les enfants que nous avons procréés de noces légitimes.

1. Les noces ou le mariage sont l'union de l'homme et de la femme, pour vivre dans une société indivisible.

2. La puissance que nous avons sur nos enfants est un droit particulier aux citoyens romains ; car nul parmi les autres hommes n'a sur ses enfants une puissance telle que la nôtre.

3. Vous avez donc sous votre puissance l'enfant qui vous est né de votre épouse, pareillement l'enfant que votre fils a eu de son épouse, c'est-à-dire votre petit-fils ou petite-fille est aussi sous votre puissance, comme vos arrière-petit-fils et petite-fille, et ainsi des autres. Quant aux enfants de votre fille, ils ne sont pas soumis à votre puissance, mais à celle de leur père.

3. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus.

EXPLICATION.

106. Indépendamment de la puissance dominicale que le maître a sur ses esclaves, les personnes *sui juris* du sexe masculin peuvent avoir sous leur puissance des personnes libres qui composent la famille proprement dite. Ces personnes sont *alieni juris*, comme les esclaves, et comme eux soumises à la puissance du chef *qui in domo dominium habet* [100]; mais, à leur égard, ce chef n'est plus un maître, un propriétaire : c'est un père, et ce titre ne désigne le père de famille que pour l'unir plus étroitement aux enfants sur lesquels il exerce la puissance paternelle. Aussi n'oppose-t-on pas simplement le père aux enfants, mais le père de famille (*paterfamilias*) aux fils de famille (*filiifamilias*), pour indiquer les rapports qui dérivent entre eux de leur réunion dans une seule et même famille; et si les titres de père et de fils établissent une distinction subsidiaire, c'est moins pour dépouiller chaque enfant que pour confier au père le libre exercice des droits communs (1).

107. Les enfants n'appartiennent jamais à la famille maternelle, et conséquemment ne peuvent se trouver soumis ni à la puissance d'une mère *sui juris*, ni à celle d'aucun ascendant maternel. Ils ne sont donc fils de famille que dans la famille paternelle, et ceux qui n'appartiennent pas à cette famille ou qui n'ont point de père certain sont *sui juris* dès l'instant même de leur naissance. Une femme peut être *alieni* ou *sui*

(1) V. *Paul. fr.* 11, *de liber. et post.*

juris, et, dans ce dernier cas, elle est toujours seule de sa famille, *familiæ suæ et caput et finis* ([1]).

§ II.

108. La puissance paternelle est du droit civil, et conséquemment particulière aux citoyens romains (*proprium civium romanorum*), qui seuls peuvent l'exercer ou y être soumis. Cette puissance, illimitée dans sa durée, n'est point modifiée par l'âge des enfants ni par leur mariage. Tant qu'ils restent fils de famille les enfants sont la chose du père, qui dispose de leur personne et profite de leurs acquisitions. En effet, la loi des Douze Tables reconnaissait au père de famille le droit de vie et de mort sur ses enfants. Elle lui permettait aussi de les vendre; mais, en usant de ce droit sur une fille ou sur les enfants du second degré, quel que fût leur sexe, le père épuisait sa puissance, tandis que le fils, vendu par son père et affranchi par l'acheteur, rentrait aussitôt dans la famille et sous la puissance du vendeur. Une seconde vente, suivie d'un second affranchissement, produisait le même effet. Ainsi le père de famille n'épuisait son autorité sur son fils que par une troisième vente. SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO ([2]).

109. Sous les empereurs, au contraire, la vente du fils de famille par le père n'est tolérée que dans le cas d'une misère extrême. L'enfant, ainsi vendu, reste ingénu ([3]). Constantin ([4]) décide même que cette vente ne sera plus permise qu'à l'instant même de la naissance et que l'enfant pourra se rédimer, soit en payant l'équivalent de son service, soit en donnant à l'acheteur un esclave. Dans tout autre cas la vente est nulle ([5]): cependant rien de plus commun, à toutes les époques, que la mancipation, et conséquemment la vente des fils de famille; mais le plus souvent la mancipation n'est qu'une vente fictive ([6]), dont on se sert, comme d'un moyen indirect pour dissoudre la puissance paternelle [197].

110. Le droit de vie et de mort n'a jamais autorisé le père de famille à devenir l'ennemi et l'assassin de ses propres enfants ([7]). Le pouvoir qu'il exerçait dans sa maison était bien

([1]) *Ulp. fr.* 195, § 5, *de verb. sign.* — ([2]) *Ulp.* 10 *reg.* 1; *Gaius*, 1 *inst.* 130. — ([3]) *Paul.* 5 *sent.* 1, § 1. — ([4]) *C.* 2, *de patr. qui fil.* — ([5]) *Diocl. et Max. C.* 1, *eod.* — ([6]) *Gaius*, 4 *inst.* 141, V. § 6, *quib. mod. jus. pat.* — ([7]) *Marcian. fr.* 5, *ad leg. Pomp.*

moins celui d'un despote capricieux que celui d'un juge souverain ; et l'on ne pensait pas que les enfants dussent redouter cette juridiction dans un père. Toutefois les empereurs l'ont considérablement restreinte. Ainsi le père de famille, qui a des sujets de mécontentement, peut employer les voies de correction, et même, en cas de persévérance, faire infliger par les magistrats la punition qu'il juge convenable ([1]). Quant à la peine de mort, elle n'est jamais prononcée qu'après que le fils de famille, accusé par son père, a été entendu par le magistrat ([2]). Aussi Constantin soumet-il aux peines du parricide le père meurtrier de ses propres enfants ([3]).

Le principe qui attribuait au père de famille toutes les acquisitions faites par les enfants soumis à sa puissance a pareillement éprouvé des modifications dont nous parlerons au second livre [512, 553].

PR.

111. La puissance paternelle, qui semblait n'exister que dans l'intérêt du père, n'était pas sans avantages réels pour les fils de famille. Les droits les plus importants pour eux en étaient la conséquence, puisque c'est du lien de famille que dépendaient presque toutes les successions. Il importe donc beaucoup de savoir comment se compose une famille, et, par conséquent, sur quelles personnes s'étend la puissance paternelle.

Un père de famille a sous sa puissance, non pas tous ses enfants, mais seulement ceux qu'il a eus *ex justis nuptiis*, c'est-à-dire d'un mariage spécialement réglé par le droit civil, comme nous aurons bientôt occasion de l'expliquer [113 et suiv.].

§ III.

112. Les enfants nés de ce mariage appartiennent, comme on l'a dit plus haut, à la famille de leur père, et s'y trouvent soumis au *paterfamilias*, c'est-à-dire à leur père même, s'il est *sui juris ;* sinon à l'aïeul, dont leur père dépend lui-même comme fils de famille ([4]).

En effet la puissance du père de famille s'étend à tous les enfants nés de lui et de son épouse (*ex te et uxore tua*), et à

([1]) *Alex. C. 3, de patr. pot.* — ([2]) *Ulp. fr. 2, ad. l. c. de sicar.* — ([3]) *§ 6, de publ. jud.; Constant. C. de his qui par.* — ([4]) *Text. hic. V. § 11, de adopt.*

tous les petits-enfants ou descendants ultérieurs nés d'un fils de famille et de son épouse (*ex filio tuo et uxore ejus*). Quant aux enfants de la fille, ils ne sont jamais sous la puissance de leur aïeul maternel, parce que, comme on l'a déjà dit, les enfants ne pouvant appartenir qu'à la famille de leur père, ne se trouvent point dans la famille de leur mère, lors même qu'elle est fille de famille [107].

§ I.

113. « Les citoyens romains pouvaient contracter deux dif- » férentes espèces de mariages : on appelait l'un *justæ nuptiæ*, » et l'autre *concubinatus* ([1]). » Le premier, soumis par le droit civil à des règles spéciales, avait aussi des effets particuliers : il donnait aux conjoints les titres respectifs de *vir* et *uxor ;* il déterminait la condition des enfants d'après la condition que le père avait à l'époque de leur conception ; enfin il les plaçait dans sa famille. « Le *concubinatus* était aussi un véritable » mariage ; il était expressément permis par les lois ([2]). » Mais ce mariage ne produisait, même entre citoyens romains, aucun effet civil ni pour la femme ni pour les enfants [155, *etc.*].

114. Les noces (*nuptiæ*) autrement dites *matrimonium*, forment une union indivisible (*individuam vitæ consuetudinem*), en ce sens que les époux vivent dans une parfaite égalité de condition, partagent le même sort et sont réciproquement assimilés quant au droit divin et humain ([3]). Dans ce cas, la femme prenant le titre d'épouse, *uxor* , est une compagne que le mari associe à son culte privé et au rang qu'il occupe dans la vie civile ([4]), en la faisant ou monter ou descendre jusqu'à lui ([5]) ; c'est par là surtout que les noces se distinguent du *concubinatus*, mariage inégal dans lequel l'homme prend une femme sans se donner une épouse, sans la mettre à son niveau. Il s'unit à elle en lui accordant une affection égale peut-être, mais moins honorable, en un mot, sans avoir pour elle l'affection maritale, *non affectione maritali* ([6]): aussi, les noces se distinguent-elles du *concubinatus* par le caractère de dignité qui leur est propre ([7]), par l'affection maritale de l'homme pour la femme,

([1]) *Pothier, Contrat de mariage, n.* 6.— ([2]) *Pothier, ibid., n.* 7. V. *Marcian. fr.* 3, § 1, *de concub.* — ([3]) *Modest. fr.* 1, *de rit. nup.* — ([4]) *Gordian. C.* 4, *de crim. expil. her.* — ([5]) *Paul. frag. vat.* § 102. — ([6]) § 2, *de her. quæ ab int.* — ([7]) *Ulp. fr.* 49, § 1, *de legat*, 3°.

et par les honneurs conjugaux qu'il lui accorde [1]. C'est donc par la manière dont les conjoints vivent ensemble, qu'il faut apprécier leur intention, et juger s'ils ont voulu s'unir comme époux ou comme simples concubins (*a*). C'est en ce sens selon nous, et par opposition au *concubinatus*, que les noces forment *individuam vitæ consuetudinem*, parce qu'elles ne laissent subsister aucune inégalité.

115. D'autres voient dans le mot *individua* l'indication d'un lien indissoluble ou perpétuel, du moins quant au but que les parties se proposent en contractant; mais cette intention des conjoints ne peut pas servir à distinguer les noces du *concubinatus;* car la concubine ne se prenait pas plus que l'épouse pour un temps limité [2]. Dans l'un et l'autre cas, au contraire, « l'homme et la femme, comme le dit Pothier, contractaient » ensemble une union qu'ils avaient intention de conserver jus- » qu'à la mort de l'un d'eux [3]. »

116. Quoique dépourvu d'effets civils, le *concubinatus*, étant un véritable mariage, a nécessairement plusieurs règles communes avec les noces. Perpétuel comme les noces mêmes, sans être indivisible, il a tous les caractères que le mariage tient du droit naturel. Ainsi lorsqu'on dit pour exclure la polygamie, que les noces sont l'union d'un homme et d'une femme (*viri et mulieris*), au singulier, on ne dit rien qui ne s'applique également au *concubinatus;* car nul ne peut avoir en même temps ni deux concubines, ni une épouse et une concubine [4]. Pareillement, lorsqu'on dit que les noces se forment par l'union de deux personnes de sexe différent, et lorsqu'on ajoute que cette union (*viri et mulieris conjunctio*) résulte du consentement, indépendamment de toute consommation ou cohabitation [5], on exprime une vérité applicable à toute espèce de mariage, et conséquemment au *concubinatus*. Mais lorsqu'il s'agit, comme dans ce titre, des droits de famille, de la puissance du père et

(1) *Paul.* 2, *sent.* 20; *fr.* 4, *de concub.* — (2) *Paul. fr.* 2, *de concub.*; *Ulp. fr.* 11, *de his qui sui.* — (3) *Pothier, Contrat de mariage*, 7. — (4) *Paul.* 2 *sent.* 20. — (5) *Pomp. Ulp. et Paul. fr.* 5, 6 *et* 7, *de rit. nup.*; *fr.* 30, *de reg. jur.*

(*a*) Voyez Papinien (*fr.* 31, *de donat.*). Une femme ingénue et de bonne vie est présumée *uxor :* il faudrait prouver, par un acte formel, qu'elle a entendu se marier comme concubine plutôt que comme épouse (*Marcian. fr.* 3, *de concub.*); mais, lorsqu'il s'agit d'une femme de mauvaise vie, ou d'une femme qu'il n'est pas permis de prendre pour épouse, on est présumé l'avoir prise pour concubine (V. *Florent. fr.* 24, *de rit. nupt.*).

de l'état des enfants, alors il faut soigneusement distinguer s'ils ont été conçus *ex justis nuptiis*, ou, comme le dit Ulpien, *ex justo matrimonio* (¹); car NUPTIÆ et MATRIMONIUM reçoivent ici, et dans plusieurs autres textes, la même acception sans être absolument synonymes.

117. La différence entre ces deux expressions est à peu près celle que nous établissons, dans la langue française, entre noces et mariage. MATRIMONIUM est la convention qui forme entre les époux l'espèce de société dont parle notre texte (²), tandis que NUPTIÆ se dit, à proprement parler, des cérémonies et réjouissances [*pompa.....aliaque nuptiarum festivitas* (³), qui ne font pas le mariage, mais dont le mariage devient presque toujours l'occasion. En effet, le verbe *nubere* fait allusion au voile dont la femme se couvrait pour être conduite chez son mari, et cette autre locution *uxorem ducere* rappelle la marche et le cortége de l'épouse *quæ ducebatur in domum mariti*.

118. NUPTIÆ se prend quelquefois dans le sens indiqué par son étymologie, pour les cérémonies dont le mariage est précédé ou suivi (*a*), mais le plus souvent, et ici par exemple, pour le mariage même, et alors il devient synonyme de *matrimonium*. Cette double acception du mot *nuptiæ* a jeté quelques doutes sur la manière dont se formait à Rome l'union conjugale. Toutefois il n'en reste pas moins vrai qu'elle se contractait par le seul consentement, indépendamment de la solennité avec laquelle la femme était ordinairement *deducta in domum mariti* (*b*).

(¹) 5 *reg.* 1, 2 *et* 3. — (²) *Paul. fragm. vat.* §§ 96, 100 *et* 102. — (³) *Theod. C.* 22, *de nupt.*

(*a*) Notamment, lorsqu'un legs ou un contrat est subordonné à la condition *si nupserit*. Cette condition ne s'accomplit que par la célébration des noces proprement dites; quand la femme a été *deducta* (*Ulp. fr.* 15, *de cond. et dem.*), et en général quand il y a eu *nuptiarum festivitas* (*Justin. C.* 24, *de nupt.*). C'est dans le même sens, et d'après l'acception étymologique de *nubere* et de *uxorem ducere*, qu'un titre du Digeste est intitulé : *De ritu nuptiarum*, qu'une femme absente ne peut pas *duci a marito*, tandis qu'une femme présente peut *nubere*, et être conduite chez son mari en l'absence de ce dernier (*Paul.* 2 *sent.* 19, § 8; *Pomp. fr.* 5, *de rit. nupt.*). En résulte-t-il qu'on ne puisse épouser une femme absente? Non, sans doute, puisque Ulpien (*fr.* 6, *eod.*) cite un mari qui *absentem accepit uxorem*.

(*b*) *Julian. fr.* 11, *de spons.*; *Gaius, fr.* 4, *de pign. et hyp.*; *Scævol. fr.* 66, *de don. inter vir. et ux.* Pour entendre ce dernier texte, il faut savoir que les donations entre époux sont prohibées : or il s'agit d'une donation faite par une femme *quæ certo die nuptura esset et antequam domum deduceretur*. Quel doute peut-on

Il en est de cette solennité comme de l'écrit, *instrumentum dotale*, que l'on dressait à l'occasion du mariage, pour en constater l'existence (1), et qui n'était qu'un indice susceptible d'être combattu ou suppléé par d'autres indices (*a*). Si ces différentes solennités tenaient à l'essence du *matrimonium;* si les noces ne se contractaient pas *solo consensu*, il serait impossible de dire avec Paul (2), que les noces et le *concubinatus* se distinguent uniquement par l'intention des contractants, *sola animi destinatione*.

(1) *Aurel. C.* 6, *de don. ante nupt.* — (2) *Fr.* 4, *de concub.*

élever sur la validité de la donation? Aucun, s'il est vrai que cette donation, antérieure à la cérémonie nuptiale, a, par cela même, précédé le mariage; mais Scævola ne l'entend pas ainsi. La question, pour lui, est de savoir si l'on a donné *ante contractum matrimonium*, c'est-à-dire avant la formation du lien conjugal qui résulte du consentement, *quod consensu intelligitur*, et dont la *deductio in domum mariti* n'est ordinairement qu'une suite. Je ne vois aucun argument à tirer, dans aucun sens, de la seconde partie du texte de Scævola; mais je citerai une décision de Paul (*fragm. vatic.* § 96) sur une donation faite le jour même des noces, et avant la *deductio :* on vérifiera, dit Paul, *tempus donationis et matrimonii*.

(*a*) *Scævol. fr.* 66, *de don. inter vir. et ux.; Prob. C.* 9; *Théod. C.* 13 *et* 22, *de nupt.* Cette dernière constitution s'applique *inter pares honestate personas*, parce que, dans le cas contraire, c'est-à-dire entre conjoints de conditions inégales, Théodose avait exigé la rédaction d'un *instrumentum dotale*. C'est Justinien qui nous l'apprend, en supprimant cette distinction, pour valider entre toutes personnes le mariage contracté sans le *dotale instrumentum* (*C.* 23, § 7, *eod.*). Plus tard, il a établi lui-même une condition nouvelle en exigeant, pour les personnes illustres, la rédaction du *dotale instrumentum*, ou une déclaration faite en présence de cinq témoins, devant le défenseur de l'Église, qui en dresse acte (*Nov.* 74, *cap.* 4; *nov.* 117, *cap.* 4).

TITRE X.

DES NOCES.

Les citoyens romains contractent entre eux des noces légitimes, lorsqu'ils s'unissent suivant le prescrit des lois, l'homme quand il est pubère, la femme quand elle est nubile, soit qu'ils se trouvent pères ou fils de famille. Toutefois, lorsqu'ils sont fils de famille, ils doivent avoir le consentement des

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias: dum tamen, si filiifamilias sint, consensum habeant parentium

quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussum parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit.

ascendants à la puissance desquels ils sont soumis. C'est un précepte que recommandent également le droit civil et la raison naturelle, précepte si impérieux que le consentement du père de famille doit même précéder les noces. Aussi a-t-on douté que la fille d'un fou pût prendre un mari, et que son fils pût prendre une épouse.

Cumque super filio variebatur, nostra processit decisio qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

Et comme on était partagé à l'égard du fils, une de nos décisions a permis qu'à l'exemple de la fille, il pût, même sans l'intervention du père, contracter mariage suivant le mode établi par notre constitution.

1. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas quæ parentium liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum: et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentium liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse

1. Il n'est pas permis d'épouser toute femme indistinctement; car il est certains mariages dont on doit s'abstenir. Ainsi les noces ne peuvent se contracter entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, c'est-à-dire entre le père et la fille, entre l'aïeul et la petite-fille, entre la mère et le fils, entre l'aïeule et le petit-fils, et ainsi à l'infini. Lorsque ces personnes s'unissent, elles ne contractent que des noces criminelles et incestueuses. Telle est l'étendue de cette prohibition, que les ascendants et descendants qui ne sont devenus tels que par adoption, ne peuvent s'unir par mariage; et que, même après l'adoption dissoute, l'obstacle subsiste toujours. Ainsi, lorsqu'une femme sera devenue par adoption votre fille ou petite-fille, vous ne pourrez l'é-

pouser, même après l'avoir émancipée.

2. Entre les personnes unies par la parenté collatérale, il existe aussi quelques prohibitions, mais moins étendues. En effet, les noces sont prohibées entre le frère et la sœur, soit qu'ils aient les mêmes père et mère, soit qu'ils aient seulement le même père ou la même mère; et, lorsqu'une femme est devenue votre sœur adoptive, l'adoption, tant qu'elle subsiste, empêche aussi tout mariage entre vous et elle : mais vous pourrez l'épouser lorsque son émancipation aura dissous l'adoption. Votre émancipation lèverait aussi tout empêchement aux noces. Aussi est-il certain que, pour adopter son gendre, le père doit auparavant émanciper sa fille; et que, pour adopter sa bru, il doit auparavant émanciper son fils.

3. Nul ne peut épouser la fille de son frère ou de sa sœur, ni même leur petite-fille, bien qu'elle soit au quatrième degré; car celui qui ne peut pas épouser la fille d'un individu, ne peut pas non plus épouser sa petite-fille. Mais rien ne vous empêche d'épouser la fille d'une femme adoptée par votre père; car elle ne tient à vous ni par le droit naturel, ni par le droit civil.

cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

2. Inter eas quoque personas quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum : sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.

3. Fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet : sed nec neptem fratris vel sororis quis uxorem ducere potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali neque civili jure tibi conjungitur.

4. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.

4. Les enfants de deux frères ou de deux sœurs peuvent s'unir entre eux, comme les enfants du frère avec ceux de la sœur.

5. Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec materteram, quia parentium loco habentur. Qua ratione verum est magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

5. Nul ne peut épouser sa tante paternelle, même adoptive, ni sa tante maternelle, parce qu'elles sont considérées comme ascendantes. Par la même raison, nul ne peut épouser sa grand'tante paternelle ou maternelle.

6. Adfinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce : privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua; nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

6. Par respect pour l'affinité, il est encore certains mariages dont on doit s'abstenir : par exemple, un homme ne peut épouser la fille de son épouse ou l'épouse de son fils, parce que l'une et l'autre lui tiennent lieu de filles. Toutefois ceci doit s'entendre des femmes qui ont été votre bru ou votre belle-fille; car si la première est encore votre bru, c'est-à-dire, si elle est encore mariée à votre fils, l'impossibilité de l'épouser tient à cet autre motif, que la même femme ne peut avoir deux maris. Pareillement, si la seconde est encore votre belle-fille, c'est-à-dire si sa mère est encore mariée avec vous, la raison qui vous empêche de l'épouser, c'est qu'on ne peut avoir deux femmes en même temps.

7. Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt (1) ; quod et ipsum dissoluta demum adfinitate pro-

7. Il est également défendu à un homme d'épouser la mère de son épouse ou l'épouse de son père, parce qu'elles lui tiennent lieu de mère (1); cette prohibition ne com-

(1) Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore

(1) Les anciens croyaient qu'un frère peut, après la dissolution du mariage de son frère, épouser la femme de ce dernier; ils croyaient aussi qu'un mari veuf ou divorcé peut épouser

mence également qu'après l'affinité dissoute. Autrement, si votre marâtre l'est encore, c'est-à-dire si elle est encore mariée à votre père, son mariage avec vous sera prohibé par cette règle de droit commun, que la même femme ne peut avoir deux maris. Pareillement, si votre belle-mère l'est encore, c'est-à-dire si sa fille est encore mariée avec vous, le motif qui empêche le mariage, c'est que vous ne pouvez avoir deux épouses.

cedit. Alioquin, si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.

8. Cependant lorsqu'un mari a d'une première épouse un fils, et lorsque son épouse a d'un premier mari une fille, ou réciproquement, ce fils et cette fille peuvent contracter mariage, quand même ils auraient un frère ou une sœur nés du second lit.

8. Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

9. La fille que votre épouse divorcée a eue d'un autre mari, n'est pas votre belle-fille : cependant Julien dit qu'on doit s'abstenir d'un pareil mariage ; car la fiancée du fils n'est pas non plus la bru du père, et la fiancée du père n'est pas la marâtre du fils,

9. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua; sed Julianus hujusmodi nuptiis abstineri debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et

la sœur de sa femme : mais nul ne devra se permettre de semblables mariages, nul ne supposera qu'une pareille union puisse produire des enfants légitimes ; il n'en naîtrait que des bâtards.

Sera considéré comme coupable d'inceste celui qui, après avoir perdu sa femme, aurait épousé la sœur de celle-ci. Les mêmes motifs et la même décision s'appliquent à la veuve qui aurait épousé le frère de son mari décédé.

conjugium, abstineant hujusmodi nuptiis universi, nec æstiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari : nam spurios esse convenit, qui nascuntur. (CONSTANTIN et CONST. *C.* 2, *C. Th.*, *de incest. nupt.*)

Tanquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris conjugis amissionem, sororem ejus in matrimonium proprium crediderit sortiendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani ejus nuptias crediderit aspirandum. (HONOR. et THÉOD. *C.* 4, *eod.*; v. *C.* 5, *eod.*)

jure facturos eos qui hujus modi nuptiis abstinuerint.

10. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.

11. Sunt et aliæ personæ quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri jure collectarum enumerari permisimus.

12. Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet), quales sunt ii quos mater vulgo concepit: nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum is etiam pater incertus est. Unde solent spurii appellari, vel a græca voce quasi σποραδην concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu nec dotis exactioni locus sit.

* Qui autem prohibitas nuptias
* contrahunt, et alias pœnas patiun-
* tur, quæ sacris constitutionibus
* continentur.

13. Aliquando autem evenit, ut liberi qui statim ut nati sunt, in potestate parentium

et néanmoins il est plus honnête et plus légal de ne pas contracter de semblables noces.

10. Il est certain que la parenté servile forme aussi empêchement aux noces; par exemple, quand le père et la fille, ou le frère et la sœur ont été affranchis.

11. Il est encore d'autres personnes entre qui les noces sont probibées pour différents motifs que nous avons permis d'énumérer parmi les règles de l'ancien droit contenues au recueil intitulé Digeste ou Pandectes.

12. Lorsqu'on s'unit en contravention aux règles précédentes, il n'y a ni mari, ni épouse, ni noces, ni mariage, ni dot: les enfants nés de ce commerce ne sont point sous la puissance du père; ils sont assimilés, en ce qui concerne la puissance paternelle, aux enfants conçus dans la prostitution. En effet, ces derniers sont réputés n'avoir point de père, parce que leur père est incertain. Aussi les appelle t-on *Spurii*, ce qui signifie, soit d'après le mot σποραδην, enfants conçus au hasard, soit enfants sans père. Il suit de là qu'après la dissolution d'une pareille union, il n'y a pas lieu d'exiger la dot.

Ceux qui contractent des noces prohibées subissent encore d'autres peines énumérées dans les constitutions impériales.

13. Les enfants qui, à l'instant de leur naissance, ne sont point soumis à la puissance paternelle,

peuvent, en certains cas, passer sous cette puissance.

C'est ainsi que l'enfant naturel, donné à la curie, tombe sous la puissance paternelle. Tel est encore l'enfant dont la mère, libre ([1]) et pouvant épouser le père sans aucun obstacle légal, n'aurait cependant été que sa concubine. Dans ce cas, et d'après notre constitution, si l'on vient à dresser plus tard un contrat dotal, l'enfant passe, sous la puissance du père ([2]). Il en serait encore de même d'après notre constitution, si d'autres enfants venaient à naître du même mariage ([3]).

([1]) Lors même que les enfants seraient nés d'une esclave, si le père veut affranchir la mère et dresser un acte dotal, la constitution de dot suffira pour conférer aux enfants la liberté et le titre de siens.

([2]) Le père qui, n'ayant pas d'enfant légitime, mais seulement des enfants naturels, voudra les rendre siens, malgré l'obstacle qui résulte, soit du décès de la mère ou de sa disparition, soit du délit qu'elle aurait commis, ou d'une loi qui défendrait de l'épouser, pourra, en laissant la mère dans son premier état, présenter requête à l'empereur, et exprimer le désir qu'il a d'attribuer à ses enfants naturels les droits d'enfants légitimes et de les placer sous sa puissance; après quoi les enfants jouiront de cette consolation.

([3]) Notre constitution accorde le même avantage aux enfants qui plus tard viendraient à naître du même mariage.

non fiant, postea autem redigantur in potestatem parentium.

* Qualis est is qui, dum naturalis * fuerat, postea curiæ datus potestati * patris subjicitur*. Nec non is qui a muliere libera ([1]) procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis ([2]) in potestate patris efficitur. Quod si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati ([3]), similiter nostra constitutio præbuit.

([1]) Si cui etiam ex serviente muliere procreentur filii, et voluerit ille postea mulierem manumittere et dotalia conficere documenta, mox cum ipsa dotis inscriptione et filiis competet libertatis simul et suorum jus. (*Nov.* 78, *cap.* 4.)

([2]) Si quis non habens filios legitimos, naturales autem tantummodo, ipsos quidem suos facere voluerit; mulierem vero non habet penitus, aut quæ non sine delicto sit: aut quæ non appareat; habeat autem secundum quamdam legem ad matrimonium præpeditam, sit licentia patri matrem in priori statu relinquenti... offerre imperatori precem hoc ipsum dicentem, quia vult naturales suos filios restituere... legitimorum juri ut sub potestate ejus consistant, et hoc facto exinde filiis frui tali solatio. (*Nov.* 74, *Cap.* 1 *et* 2.)

([3]) *Vulgo :* quod ET ALIIS LIBERIS QUI ex eodem matrimonio POSTEA fuerint, etc.

EXPLICATION.

PR.

119. Les noces, *nuptiæ*, prises dans le sens de *matrimonium*, se contractent entre citoyens romains lorsqu'ils s'unissent conformément aux règles du droit civil (*secundum præcepta legum*), c'est-à-dire lorsqu'un homme pubère et une femme *viripotens* s'engagent par leur consentement, joint au consentement

des ascendants dont ils dépendent. Voici donc, pour l'existence des noces, trois conditions, savoir : 1° le titre de citoyen romain qui doit appartenir aux contractants ; 2° la puberté ; 3° le consentement, ce qui comprend toujours le consentement des contractants, et quelquefois celui d'autres personnes. Examinons chacune de ces conditions en particulier.

120. Les noces, étant un mariage civil, ne pouvaient exister qu'entre citoyens romains ; cependant les *peregrini*, et surtout les Latins, obtenaient quelquefois le *jus connubii*. Alors les enfants suivaient constamment la condition du père (1) : s'il était citoyen, ses enfants, citoyens comme lui, naissaient sous sa puissance comme fils de famille (2) ; dans le cas contraire ils naissaient *peregrini*, quoique la mère fût *civis romana*, parce que le droit civil, en déterminant la condition des enfants par celle du père, rendait celle de la mère absolument indifférente (a). Sous Justinien, les déportés et les esclaves sont les seuls qui ne jouissent pas du droit civil, et ne peuvent pas contracter *justas nuptias*.

121. Les citoyens romains ne le peuvent eux-mêmes qu'à l'âge de puberté, c'est-à-dire lorsqu'ils ont accompli, l'homme sa quatorzième, et la femme sa douzième année [273]. Cette époque est celle d'un changement important dans la capacité des personnes. C'est alors qu'elles acquièrent la faculté d'aliéner, de tester et de contracter librement (3). A l'égard des noces, un motif spécial rend la puberté indispensable, puisque les impubères, incapables d'engendrer, ne rempliraient point le but primitif du mariage ; cependant le mariage d'un impuissant produit tous les effets civils des justes noces. On n'excepte de cette règle que les castrats (4).

122. Quant au consentement, on exige toujours celui des contractants. Lorsqu'ils sont fils de famille, on exige de plus le consentement ou l'ordre, *jussus* [124], de l'ascendant qui

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 56, 57, 67, 80. — (2) *Gaius*. 1 *inst*. 76. — (3) § 2, *quib. alien. lic.*; § 1, *quib. non est perm.*; §§ 9 *et* 10, *de inutil. stip.* — (4) *Ulp. fr.* 39, *de jur. dot.* V. § 9, *de adopt.*

(a) *Gaius*, 1 *inst*. 76, 77. Il en était autrement du mariage contracté entre deux personnes à qui le droit civil n'accordait pas le *jus connubii* : dans ce cas, la condition des enfants, réglée par le droit des gens, suivait toujours celle de la mère, à moins qu'il n'eût été dérogé à ce principe par une loi spéciale (*Gaius*, 1 *inst*. 78, 83, 86 ; V. *Ulp*. 5, *reg*. 8).

a sur l'un ou sur l'autre la puissance paternelle (*in quorum potestate sunt*). Cette nécessité d'obtenir le consentement des ascendants dérive, si l'on en croit Justinien, du droit naturel et du droit civil (*nam hoc fieri*, etc.); mais, en réalité, on ne considère ici que les effets civils de la puissance paternelle, sans s'arrêter au respect que l'enfant doit naturellement à tout ascendant. Aussi le consentement qu'on exige ici n'est-il ni celui de la mère ni celui des ascendants maternels. Le père et les ascendants paternels sont les seuls dont le consentement soit exigé : il ne l'est même que pour le mariage des fils de famille (*a*). Il faut donc remonter aux principes constitutifs de la famille civile.

123. Les fils de famille, quels que soient leur âge, leur sexe et le degré qu'ils occupent sous la puissance paternelle, ne sont pas indépendants : ils ne s'engagent donc par les justes noces qu'avec l'agrément du chef de la famille [1]; car bien que celui-ci ne puisse pas forcer les enfants qu'il a sous sa puissance à garder un célibat absolu, il peut cependant les empêcher d'épouser telle ou telle personne [2].

Si la volonté du père de famille est indispensable, elle ne suffit pas toujours au mariage de tous les enfants soumis à sa puissance. Le petit-fils doit joindre au consentement de son aïeul le consentement de son père, s'il existe encore dans la famille. En effet, au décès de l'aïeul, le père aura sous sa puissance non seulement le futur époux, mais encore avec lui et à cause de lui les enfants à naître du mariage : or nul ne doit se trouver dans la famille et sous la puissance d'un citoyen romain malgré lui. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, *ne ci invito suus heres adgnascatur* [3], il faut que les petits-fils, soumis, ainsi que leur père, à la puissance de l'aïeul, obtiennent, avec le consentement de ce dernier, le consentement du père dont ils dépendront plus tard, eux et les enfants à naître de leur mariage. Les mêmes raisons ne s'appliquent point à la petite-fille ;

(1) *Paul. fr.* 2, *de rit. nupt.*—(2) *Marcian. fr.* 19, *eod.*—(3) § 7, *de adopt.*

(*a*) Le consentement du père n'a jamais été requis pour le mariage des enfants *sui juris*, par exemple, des émancipés (*Modest. fr.* 25, *de rit. nupt.*). Mais, dans le Bas-Empire, la fille mineure de vingt-cinq ans doit obtenir, quoique *sui juris*, le consentement de son père, ou quand elle n'a plus de père, le consentement de sa mère et de ses proches (*Valent. Val. et Grat. C.* 18; *Honor. et Theod. C.* 20, *h. t.*; V. *Gord. C.* 8, *eod.*).

car, bien qu'elle doive aussi retomber de la puissance de son aïeul sous la puissance de son père, elle y retombera seule et sans postérité ; car ses enfants ne peuvent appartenir qu'à la famille de son mari. Aussi les petites-filles, à la différence des petits-fils, n'ont-elles d'autre consentement à obtenir que celui du chef de la famille dont elles font partie (1).

Ainsi, en résumé, les personnes qui doivent consentir aux noces sont les futurs époux, le chef de la famille à laquelle chacun d'eux appartient, et les ascendants sous la puissance de qui peuvent retomber les enfants à naître.

124. Si les personnes dont le consentement est nécessaire n'ont pas toutes consenti, les noces n'ont aucune existence (2) ; elles ne commencent à valoir qu'à l'époque où le consentement de tous a été obtenu, sans aucune rétroactivité. En effet, on ne ratifie pas ce qui n'a jamais existé, ce qui est entièrement nul : aussi Justinien exige-t-il formellement le consentement préalable des ascendants (*jussus parentum præcedere debeat*), consentement que l'on appelle *jussus*, parce que c'est un père de famille qui le donne aux personnes placées sous sa puissance [681]. Du reste il ne faut pas conclure de cette expression *jussus*, que les fils de famille aient besoin d'un ordre formel, ni même d'un consentement exprès ; car si le père, sachant que ses enfants se marient et avec qui, ne s'oppose point au mariage, son silence suffit, parce qu'il y a, dans ce cas, un consentement réel, quoique tacite (3).

125. Quelquefois même on se contente du consentement présumé que le père de famille donnerait probablement au mariage, s'il en avait connaissance : ainsi, après trois ans de captivité ou de disparition du père de famille, ses enfants de l'un ou l'autre sexe peuvent contracter un mariage sortable, que le père ne serait point dans le cas de désapprouver (4).

Il arrive alors qu'au retour de l'absent ou du captif, les enfants de ses fils se trouvent sous sa puissance, indépendamment de sa volonté ; mais l'intérêt public veut que l'on facilite les mariages, et si le père de famille n'a point approuvé les noces contractées en son absence ou à son insu, on peut dire au moins qu'il ne les a pas désapprouvées (5).

(1) *Paul. fr.* 16, § 1, *de rit. nupt.* — (2) *Paul. fr.* 2, *eod.* — (3) *Alex. C.* 5, *h. t.* — (4) *Ulp., Paul., Julian. fr.* 9, §§ 10 *et* 11, *de rit. nupt.* — (5) *Tryph. fr.* 12, § 3, *de capt. et postlim.*



126. La même faveur paraissait applicable aux enfants d'un homme en démence (*furiosi*). Marc-Aurèle l'avait admis pour le cas d'imbécillité, et l'usage avait étendu cette décision aux filles d'un père en démence ; mais l'application de la même règle au fils souffrait encore difficulté, à cause des enfants que son mariage peut introduire dans la famille (*a*). Justinien tranche cette difficulté, et veut qu'il en soit du fils comme de la fille. L'un et l'autre se marieront en prenant l'avis, soit du préfet de la ville, soit des gouverneurs de province ou des évêques, tant sur la personne du futur époux que sur la fixation de la dot ou de la donation à cause de noces, qui sera fournie sur les biens du père par son curateur, après avoir été réglée devant ce dernier et devant les plus notables d'entre les parents paternels (1).

127. Quant au consentement des contractants, il doit exister réellement. Ainsi, les personnes incapables d'avoir une volonté, comme les fous (2), ne peuvent point se marier. Pour les personnes qui ne sont frappées d'aucune incapacité, leur consentement doit être déterminé dans son objet, et complétement libre : en effet, il ne suffit pas de consentir à un mariage quelconque ; il faut consentir au mariage avec telle personne spécifiée (3). Le consentement n'est pas libre lorsqu'il est extorqué par violence. Ainsi le père de famille ne peut, en aucun cas, marier ses enfants malgré eux (4) ; mais lorsqu'ils cèdent à une crainte purement révérentielle, en accédant par respect aux désirs paternels, cette déférence même prouve un choix, et, par conséquent, une liberté qui suffit pour la validité des noces (5).

§ I.

128. Sans les trois conditions ci-dessus [119], le mariage civil ne peut se former. Leur réunion rend les noces possibles,

(1) V. *C.* 28, *de episc. aud.*; *C.* 25, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 8, *de his qui sui vel alien.*; *Paul. fr.* 16, § 2, *de rit. nupt.* — (3) *Pap. fr.* 34, *de rit. nupt.* — (4) *Paul. fr.* 2; *Terent. fr.* 21, *de rit. nupt.*; *Diocl. et Max. C.* 12, *h. t.* — (5) *Cels. fr.* 22, *de rit. nupt.*

(*a*) Voyez cependant Ulpien (*fr.* 9, *de rit. nupt.*) Le petit-fils qui devrait avoir le consentement de son père et de son aïeul, peut, lorsque l'un des deux est en démence, se contenter du consentement de l'autre : dans ce cas, le consentement du père fait présumer celui de l'aïeul, et réciproquement ; mais Ulpien n'aurait peut-être pas décidé de même en cas de démence de l'ascendant unique ou de tous les ascendants dont le consentement est requis.

sant différentes prohibitions entre certaines personnes. A cet égard, il faut distinguer plusieurs empêchements.

Le principal résulte de la parenté : la parenté est le lien du sang qui existe entre les descendants d'un auteur commun ou le lien civil qui unit les membres d'une même famille. Il y a dans le premier cas, une parenté naturelle qui est indissoluble, et dans le second une parenté civile qui subsiste entre les membres de la même famille, tant qu'ils n'en sortent pas [132].

129. Deux parents descendent toujours ou l'un de l'autre, comme les enfants de leur père et mère, les petits-enfants de leurs aïeux; ou seulement d'un auteur commun, comme le frère et la sœur d'un même père ou d'une même mère, le cousin et la cousine d'un même aïeul, etc. Dans le premier cas, la suite des générations forme une ligne ou parenté directe; dans le second cas, ceux qui ont un auteur commun, sans en descendre l'un par l'autre, sont parents collatéraux. Pour comprendre cette dernière expression, il faut savoir qu'on a comparé les parents à des personnes qui descendent du même point par plusieurs escaliers ou par des échelles différentes (1). Chacune d'elles a au-dessus ou au-dessous de soi quiconque descend par la même ligne, c'est-à-dire par la même échelle, et sur le côté à droite ou à gauche, toutes les personnes qui descendent par une autre ligne : de là vient qu'on appelle collatéraux, *a latere* (2), les parents qui ont un auteur commun sans en descendre l'un par l'autre. Ainsi la parenté collatérale suppose toujours deux lignes, c'est-à-dire deux séries de générations qui se réunissent et se confondent dans la personne de l'auteur commun.

130. Dans la parenté directe, les parents sont toujours placés sur la même ligne, et chacun d'eux y occupe le degré immédiatement inférieur au degré occupé par son père ou par sa mère, en sorte que le nombre des degrés est égal à celui des générations qui donnent des fils ou des filles au père et à la mère, des petits-enfants aux aïeux, des arrière-petits-enfants aux bisaïeux, etc., etc. Ainsi, de mon père à moi, une génération, un degré; de mon aïeul à moi, deux générations, deux degrés, et ainsi de suite. D'un collatéral à un autre, il n'existe point de génération, par conséquent point de ligne commune :

(1) *Paul. fr.* 10, § 10, *de grad. et aff.* — (2) § 2, *de grad. cognat.*

mais chacun d'eux descend de l'auteur commun par une ligne qui a ses degrés, et la somme de degrés de l'une et de l'autre ligne indique la distance qui sépare les collatéraux. Ainsi par exemple, deux frères et deux sœurs, se trouvant chacun à un degré du père commun, sont entre eux à deux degrés ; l'oncle et le neveu, étant placés l'un au premier, l'autre au second degré par rapport à l'auteur commun, sont au troisième degré entre eux, et ainsi de suite (1).

131. Comme on le voit dans ce texte, la parenté directe empêche les noces à quelque degré que ce soit (*usque in infinitum*), même entre ceux qui ne sont considérés comme ascendants ou descendants l'un de l'autre, qu'à raison de l'adoption qui, en les plaçant dans une même famille, a établi entre eux une parenté civile. L'empêchement qui en résulte survit à la parenté même ; car il continue après la dissolution de l'adoption (*etiam dissoluta adoptione*) qui formait le lien de famille.

§ II.

132. Entre collatéraux, la parenté établit des prohibitions moins étendues (*est quædam similis observatio, sed non tanta*). Certains collatéraux peuvent se marier, et entre ceux qui ne le peuvent pas, l'obstacle résultant de la parenté adoptive ne subsiste jamais plus longtemps que cette parenté même.

Les collatéraux les plus proches, le frère et la sœur (2), sont dans l'impossibilité de se marier tant qu'ils restent frère et sœur, c'est-à-dire à perpétuité, lorsqu'ils sont nés tels ; mais je puis épouser ma sœur adoptive si mon père l'émancipe ou s'il m'émancipe moi-même ; car dans l'un comme dans l'autre cas, nous aurons cessé d'appartenir à la même famille : or la parenté civile qui résulte de l'adoption n'existe entre l'adopté et les agnats de l'adoptant, qu'autant qu'ils restent tous dans la même famille (3).

133. Par suite du même principe, le père qui a sous sa puissance un fils ou une fille mariés, ne peut adopter sa bru (*nurum*) ou son gendre (*generum*), parce que l'adoption, en réunissant les deux époux dans la même famille, établirait entre eux une fraternité incompatible avec le lien qui les unit déjà. Aussi le

(1) V. §§ 1, 2, 3 *et seq., de grad. cognat.* — (2) § 2, *de grad. et affin.* — (3) *Paul. fr.* 23, *de adopt.; fr.* 7, *de in jus voc.* V. *Gaius, fr.* 55, § 1, *de rit. nupt.*

père de famille qui veut adopter sa bru ou son gendre doit-il préalablement émanciper celui des époux qu'il a sous sa puissance ; ce dernier sortant ainsi de la famille, son conjoint peut y entrer sans obstacle (1).

§ III.

134. Après les frères et sœurs viennent leurs descendants, c'est-à-dire les neveux, nièces, petits-neveux, petites-nièces, etc., et aucun d'eux ne peut épouser son oncle ou son grand-oncle, parce que celui-ci, étant au premier degré de l'auteur commun, se confond avec ce dernier et est lui-même considéré comme un ascendant à l'égard de tous ceux qui descendent de son propre père : *parentis loco habetur* (2). Dans ce cas, le texte dit avec raison que celui qui ne peut pas épouser la fille de son frère ou de sa sœur, ne peut pas davantage épouser la petite-fille (*cujus enim filiam*, etc.); mais cette règle deviendrait fausse si on l'appliquait entre deux collatéraux qui sont l'un et l'autre à deux degrés au moins de la souche commune. En effet, quoique je ne puisse pas épouser ma tante, fille de mon aïeul, je puis cependant épouser ma cousine, petite-fille de ce même aïeul [138].

135. La parenté civile qui résulte de l'adoption produit les mêmes effets, seulement il faut bien distinguer entre quelles personnes elle se forme. La fille que mon père adopte passe sous sa puissance, et se trouve dans la même famille que moi ; il y a donc parenté civile, et empêchement aux noces entre moi et ma sœur adoptive [123]. Ses enfants, au contraire, appartiennent à la famille de leur père, et non à la famille maternelle, qui est la mienne. Il n'y a donc entre eux et moi aucun lien de famille, aucune parenté (3), bien que je sois lié par la parenté naturelle, avec les enfants de ma sœur naturelle, et par la parenté civile, avec les enfants de mon frère adoptif.

§ V.

136. Je ne puis, d'après ce qui précède, épouser la sœur de mon père, qui est ma tante paternelle (*amitam*), ne le fût-elle que par adoption (*licet adoptivam*); car elle se trouve dans la même famille que moi. Je ne puis pas non plus épouser la

(1) *Text. hic. V. Gaius, fr.* 17, § 1, *de rit. nupt.* — (2) § 5, *h. t.* — (3) *Text. hic. V. Ulp. fr.* 12, § 4, *de rit. nupt.*

sœur de ma mère (*materteram*); mais dans ce cas, il n'est plus question de la parenté civile, parce que cette parenté n'existe jamais entre ma mère et moi, ni par conséquent entre moi et les frères ou sœurs de ma mère. Aussi l'adoption faite par un aïeul maternel ne donne-t-elle jamais ni oncle ni tante aux enfants de sa fille [135].

137. La prohibition de mariage entre l'oncle et la nièce, etc., a été longtemps modifiée par une exception qui permettait à l'oncle d'épouser la fille de son frère, sans toutefois que la même faculté fût accordée pour la fille d'une sœur; cette distinction paraît avoir subsisté jusqu'au règne de Constantin, qui a rendu à la prohibition sa généralité (*a*).

§ IV.

138. Les noces sont permises entre cousins (*b*), non parce qu'ils sont au quatrième degré, car nous avons déjà vu que nul ne peut épouser la petite-fille de son frère ou de sa sœur, *quamvis quarto gradu sint;* mais parce que le mariage est permis entre les collatéraux, lorsqu'ils sont l'un et l'autre à deux degrés au moins de la souche commune [134].

139. En résumant ce que nous avons vu jusqu'ici, on peut dire que la parenté directe empêche les noces à l'infini; la parenté collatérale, également à l'infini, toutes les fois que les parents ou l'un d'eux sont à un seul degré de la souche commune. Les autres collatéraux peuvent s'épouser.

(*a*) V. *C. A.* 1, *C. Th.*, *de incest. nupt.* Le premier mariage contracté à Rome entre un oncle et la fille de son frère est celui de Claude avec Agrippine, fille de Germanicus. C'est de ce mariage que parle Agrippine elle-même dans *Britannicus :*

> Mais ce lien du sang qui nous joignait tous deux
> Écartait Claudius d'un lit incestueux.
> Il n'osait épouser la fille de son frère ;
> Le sénat fut séduit; une loi moins sévère
> Mit Claude dans mon lit, et Rome à mes genoux.

La loi dont il s'agit est un sénatus-consulte porté l'an de Rome 802, pour autoriser, en règle générale, le mariage de l'oncle avec la fille de son frère. Claude ne trouva d'abord que deux imitateurs parmi ses courtisans (*Suétone*, 26); mais, plus tard, d'autres personnes suivirent cet exemple. S'il en était autrement, les jurisconsultes ne parleraient pas de l'usage qui s'est établi, et cet usage n'aurait pas été confirmé par les constitutions impériales (V. *Gaius*, 1 *inst.* 62; *Tacite*, 12 *Annal.* 7).

(*b*) Arcadius et Honorius les ont prohibées du vivant de saint Ambroise, et ont ensuite supprimé la prohibition (V. *C.* 19, *h. t.*; *C.* 3, *C. Th.*, *de incest. nupt.*).

§§ VI et VII.

140. Une autre cause d'empêchement aux noces résulte du lien d'un premier mariage. Tant qu'il subsiste, les époux ne peuvent se marier avec personne, parce qu'il n'est pas permis d'avoir plusieurs maris ou plusieurs femmes à la fois ([1]).

Si, après la dissolution du mariage, l'un ou l'autre conjoint peut contracter une nouvelle union, il n'a plus la même liberté qu'auparavant : outre les empêchements qui subsistent entre mes propres parents et moi, je suis uni aux parents de mon premier conjoint par un lien qui se nomme *affinitas;* en français, affinité ou alliance ([2]).

141. L'alliance que le mariage établit se dissout avec le mariage même; mais, chose remarquable, ce n'est qu'après avoir été dissoute (*dissoluta demum affinitate*) que l'affinité devient, à proprement parler, un empêchement spécial, car, tant que dure le mariage, l'affinité qui en résulte n'ajoute rien à l'impossibilité absolue où se trouve chacun des conjoints de contracter un nouveau mariage. C'est lorsque la prohibition générale a cessé que commencent les empêchements relatifs à certains alliés.

Ainsi, je ne pourrai jamais épouser ni la fille que ma femme avait eue d'un précédent mariage (*privignam*), ni la veuve de mon fils (*nurum*). Je ne suis point leur père ; mais le mariage établit entre les époux une union trop intime pour que les enfants ou les ascendants de l'un ne soient pas considérés, à certains égards, comme enfants ou ascendants de l'autre. Cette assimilation qui empêche un beau-père d'épouser sa belle-fille ou sa bru, *quia utræque filiæ loco sunt*, s'étend indéfiniment, sans distinction de degré, à toute femme qui descend de mon épouse, ou qui a épousé un de mes descendants ([3]).

La même prohibition s'applique, en sens inverse, à la seconde femme de mon père (*novercam*), comme à celle de mon aïeul, bisaïeul, etc. ; et à la mère de ma femme (*socrum*), comme à sa grand'mère, à son arrière-grand'mère, etc. ([4]). Je ne puis épouser aucune de ces personnes, *quia matris loco sunt.*

§ VIII.

142. Ce motif, d'où les jurisconsultes romains font con-

([1]) *Text. hic.* — ([2]) *Pothier, Mariage.* 160. — ([3]) *Pomp. fr.* 40, *de rit. nupt.* — ([4]) *Paul. fr.* 14, § 4, *eod.*

stamment dépendre la prohibition des noces entre alliés (1), n'est point applicable entre mon fils et ma belle-fille, ou réciproquement, entre ma fille et mon beau-fils. Ainsi un homme et une femme, ayant chacun des enfants d'un premier lit, peuvent se marier sans que leur union forme aucun obstacle à celle des enfants que chacun d'eux a eus précédemment d'un autre conjoint (2).

143. S'il naît un enfant du second mariage des père et mère, il sera frère consanguin des enfants de son père, et frère utérin des enfants de sa mère; mais cette circonstance n'établira entre les premiers et les seconds aucune fraternité. Le fils que j'ai eu d'une première femme, et la fille que mon épouse a eue d'un premier mari, ne sont point frère et sœur. Ils peuvent donc se marier.

144. Faut-il en conclure qu'il n'existe entre eux aucune affinité? On dit ordinairement que l'alliance se forme par le mariage, entre l'un des époux et les parents de l'autre, et non entre les parents respectifs des conjoints (3), en sorte que mes parents seraient alliés de ma femme sans être alliés de ses parents, et réciproquement. On s'appuie, dans ce sens, sur notre paragraphe même; car le mariage qu'il autorise se forme, dit-on, entre deux personnes qui ne sont point alliées, et précisément parce qu'elles ne le sont point (4). Je ne puis admettre cette interprétation. Le texte, après avoir établi qu'il est certains mariages dont il faut s'abstenir *affinitatis veneratione*, ajoute que néanmoins (*tamen*) mes enfants peuvent épouser les enfants de ma femme : ils sont donc alliés? Si cette décision contredit la définition précédente, elle s'accorde avec un texte formel, où Modestinus (5) déclare que l'alliance unit les parents du mari avec ceux de la femme, et cite comme alliés, en les nommant *Janitrices* ou εινατερες, deux femmes dont les maris sont frères (6). Notre texte ne prouve donc pas que mon fils et la fille de ma femme ne sont point alliés, mais seulement que l'alliance n'empêche pas leur mariage, tandis qu'elle m'empêche d'épouser les ascendantes ou descendantes de ma femme, *quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur* (7).

(1) §§ 7 et 8, *h. t.*; *Modest. fr.* 4, § 7, *de grad. et aff.* — (2) *Text. hic*; *Pap. fr.* 34, § 2, *de rit. nupt.* — (3) *Pothier*, 23, *Pand.* 2, nos 34 et 37; *Mariage*, 160. — (4) *Vinnius, hic.* — (5) *Fr.* 4, § 3, *de grad. et aff.* — (6) *Modest. d. fr.* 4, § 6, *eod.* — (7) *Modest. d. fr.* 4, § 3, *eod.*

145. Les jurisconsultes romains n'ont jamais admis, à raison de l'alliance, de prohibition relative aux collatéraux de l'un ou de l'autre époux. Ainsi rien n'empêchait un homme d'épouser la sœur de sa première femme, ou une femme d'épouser le frère de son premier mari. Mais à Constantinople, les princes chrétiens ont prohibé le mariage entre beau-frère et belle-sœur (1).

§ IX.

146. L'affinité proprement dite est un effet des justes noces. Un mariage prohibé, et, par conséquent, nul, ne produit aucune alliance (2), en ce sens qu'il ne produit pour personne les avantages que les lois attachent au titre d'allié. Il en est de même des noces qui ne sont point encore contractées, ou qui ont été dissoutes. Dans ce dernier cas il a existé une affinité, mais elle n'atteint que les parents de l'un et de l'autre époux conçus avant la dissolution du mariage (*a*). Ainsi la fille qu'une femme divorcée et remariée a d'un second mari n'est pas, à proprement parler, belle-fille du premier, *non est privigna tua* (*b*). Pareillement, la fiancée du père n'est pas encore la marâtre du fils, et la fiancée (*c*) du fils n'est pas encore la bru du père. Il n'y a donc pas alliance proprement dite (3); mais, en matière de mariage, on s'attache bien moins à l'exactitude des dénominations et aux différences établies par le droit civil qu'à la similitude des effets naturels (4). Si l'on prohibe les noces entre chacun des conjoints et les ascendants ou descendants de l'autre, c'est parce que le même homme ne doit pas vivre successivement avec la mère et la fille, et, sous ce rapport, il importe peu que cette dernière soit née avant que vous épousiez sa mère, ou après que vous en avez été séparé. Dans ce dernier cas, si la fille de votre

(1) *Honor. et Theod. C.* 5; *Zen. C.* 8; *Anast. C.* 9, *de incest. et inutil. nupt.* — (2) *Modest. fr.* 4, §§ 3 *et* 18, *de grad. et aff.* — (3) *Ulp. fr.* 12, §§ 1 *et* 2, *de rit. nupt.* — (4) *Paul. fr.* 14, § 2, *eod.*

(*a*) Les noces se dissolvent par la mort, par la servitude où tombe l'un des époux, et par le divorce opéré dans les formes légales (*Paul. fr.* 1, *de divort. et repud.*). Voyez Pothier, *Mariage*, nos 462, 463, 467.

(*b*) Privignus (*prius natus*) désigne l'enfant né de mon conjoint, mais avant notre mariage (V. *Scævol. fr.* 7, *de grad. et aff.*).

(*c*) Les fiancés sont l'homme et la femme qui ont mutuellement promis de s'épouser, par une convention qui précède habituellement les noces (*Florent. et Ulp. fr.* 1, 2 *et* 3, *de sponsal.*). Voyez Pothier, *Contrat de mariage*, no 24.

femme n'est pas, à proprement parler, *privigna tua*, il n'en est pas moins vrai que vous avez eu avec la mère des rapports qu'il serait inconvenant d'avoir avec sa fille. Il faut donc vous abstenir d'épouser cette dernière (*a*).

147. D'après le même principe, quoiqu'il n'y ait d'affinité proprement dite que celle qui résulte des noces, il suffirait néanmoins, pour empêcher le mariage de deux personnes, que l'une d'elles eût vécu avec un ascendant ou un descendant de l'autre dans un commerce quelconque [148], notamment dans le *concubinatus* (1).

Pareillement, il existe entre chacun des fiancés, et les ascendants ou descendants de l'autre, un empêchement (2) qui est aussi la conséquence d'une certaine affinité (3).

§ X.

148. Quoique le lien du sang existe entre esclaves comme entre personnes libres, le droit civil n'y attache aucun des avantages qui résultent, entre personnes libres, de la parenté proprement dite (4). Toutefois, dans les noces, comme nous l'avons déjà vu, les dénominations civiles n'empêchent pas d'observer le respect que l'on doit au lien du sang, partout où il existe. Ainsi, à l'égard des esclaves, ce lien produit des parentés serviles (*serviles cognationes*), et par suite aussi des affinités serviles d'où résultent, pour les affranchis, les mêmes empêchements que pour les ingénus (5).

149. Je dis pour les affranchis, parce qu'il s'agit ici des empêchements aux noces, c'est-à-dire à une espèce de mariage que les esclaves ne peuvent contracter (*b*). Ainsi lorsqu'on dis-

(1) *Scævol. fr.* 7, *de grad. et aff.*; *Alex. C.* 4, *h. t.*— (2) *Ulp. fr.* 12, §§ 1 *et* 2; *Paul. fr.* 14, *in fin.*, *de rit. nupt.* — (3) *Ulp. fr.* 6, § 1 ; *Pomp. fr.* 8, *de grad. et aff.* — ( ) § 10, *de grad. et aff.* — (5) *Paul. fr.* 14, §§ 2 *et* 3, *de rit. nupt.*

(*a*) *Ulp. fr.* 12, § 3, *de rit. nupt.* D'après les derniers mots de notre texte (*jure tamen et rectius facturos*, etc.), on pourrait croire qu'il s'agit ici d'une invitation, d'un simple conseil, plutôt que d'une véritable prohibition. A cet égard, il importe de remarquer que les empêchements dont nous avons parlé jusqu'ici n'étaient établis par aucune loi précise, mais seulement par l'usage (*Pomp. fr.* 8, *de rit. nupt.*). Julien devait donc énoncer une opinion plutôt qu'une décision. Au reste, les locutions modestes plutôt que dubitatives, dont se servent souvent les jurisconsultes romains, n'ôtent rien à la certitude de leur opinion.

(*b*) Les esclaves contractent entre eux et quelquefois aussi avec les personnes libres, une sorte de mariage nommé *contubernium*. (Voyez, à cet égard, le § 1 *de succ. subl.*, et son explication.)

tingue ici des personnes que la parenté servile nous empêche d'épouser, on suppose évidemment que ces personnes peuvent contracter les justes noces, et, par conséquent, qu'elles ont cessé d'être esclaves, *si forte... manumissi fuerint*.

Entre autres personnes dont la parenté servile empêche ainsi le mariage, on cite avec raison le père et la fille. Il est vrai qu'à l'égard des esclaves la paternité est rarement certaine, mais, dans le doute, on suit par décence le parti le plus sûr. C'est ainsi qu'une paternité, même douteuse, suffit pour empêcher les noces avec une femme *vulgo quæsita*, qui, civilement parlant, est censée n'avoir point de père (1).

§ XI.

150. Outre les empêchements qui résultent de la parenté et de l'alliance, il en est encore plusieurs autres pour le détail desquels Justinien nous renvoie au Digeste.

Ces empêchements, fondés sur des considérations purement civiles ou politiques, ne se sont point établis par l'usage comme les précédents; ils résultent de prohibitions expresses qui, ne tenant pas à la nature même du mariage, s'appliquent aux noces sans empêcher le *concubinatus* (2). Relativement aux noces mêmes, ces prohibitions n'établissent souvent qu'un obstacle temporaire (3), susceptible d'être levé par l'autorité du prince (4). Enfin leur violation ne constitue pas un inceste (5) et n'entraîne pas les mêmes conséquences [162].

151. La prohibition de mariage que la loi des Douze Tables avait établie entre patriciens et plébéiens, fut levée peu de temps après, dès l'année 309, par la loi Canuleia. Toutefois les noces restèrent défendues entre ingénus et affranchis jusqu'à la loi Julia (*a*) qui leva la prohibition, excepté pour les sénateurs et leurs descendants (6). Quant aux autres ingénus, on leur a seulement défendu de prendre une épouse dans une certaine classe

(1) § 12, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 2; *Paul. fr.* 5, *de concub.* — (3) *Ulp. fr.* 27, § 1; *Paul. fr.* 65, § 1; *fr.* 66, *de rit. nupt.* — (4) *Ulp. fr.* 31, *eod.*; *Diocl. et Max. C.* 7, *de interd. matrim.* — (5) *Ulp. fr.* 39, § 1, *de rit. nupt.* — (6) *Ulp.* 13, *reg.* 1; *Cels. fr.* 23. V. *Paul. fr.* 44. *pr. et* § 1, *de rit. nupt.*

(*a*) C'est la loi Julia *de maritandis ordinibus*, portée en 757 sous le règne d'Auguste, confirmée et développée par la loi Papia Poppæa, rendue l'an de Rome 762, sous le consulat de Papius Mutilus et Q. Poppæus. Ces lois se confondent souvent dans l'usage, sous la dénomination de loi Julia et Papia Poppæa.

de femmes qui sont avilies par leurs mauvaises mœurs ou même par leur profession (1).

152. D'après un sénatus-consulte des dernières années de Marc-Aurèle (2), une femme ne peut épouser son tuteur ou son curateur non plus que leur fils ou petit-fils, à moins qu'elle n'ait été fiancée ou destinée à l'un d'eux par le testament de son père (3). Cette prohibition tend à prévenir les malversations qu'un semblable mariage pourrait favoriser dans l'administration du tuteur ou du curateur (4). Aussi l'empêchement dure-t-il jusqu'à l'âge où la femme ne peut plus être restituée contre la reddition de compte qui lui a été faite, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de vingt-six ans accomplis (5). Sauf le cas de fiançailles antérieures, il est également défendu aux fonctionnaires publics de se marier, ou de laisser marier leur fils avec une femme domiciliée dans la province où ils exercent leurs fonctions (6).

§ XII.

153. Les conjoints unis *justis nuptiis* deviennent respectivement VIR et UXOR ; à ce titre chacun d'eux acquiert des droits particuliers relativement aux biens qui forment la dot, ou qui sont compris dans la donation dite à cause de noces (7). Le droit prétorien appelle l'époux survivant à la succession du prédécédé (8) ; enfin les enfants du mariage sont légitimes, c'est-à-dire qu'ils suivent la condition de leur père, et naissent, sinon sous sa puissance, au moins dans sa famille.

En sens inverse, le mariage que l'on prétendrait avoir formé *adversus ea quæ diximus*, est nul. Dans ce cas, il n'y a point de noces, point de *matrimonium*, point de dot ; les conjoints ne sont point époux (*nec vir, nec uxor*), et les enfants ne sont ni dans la famille ni sous la puissance de leur père. Cette énumération nécessite quelques détails.

154. A défaut des conditions requises ou de l'une d'elles, il n'y a point de noces, point de *matrimonium*, en un mot point de mariage civil, qui puisse déterminer la condition des enfants par celle que le père avait à l'époque de la conception. Ainsi, lorsqu'un fils de famille s'est marié à l'insu de son père,

(1) *Ulp.* 13, *reg.* 2 ; *fr.* 43, *pr. et* §§ 1-8, *de rit. nupt.* — (2) *Tryph. fr.* 67, § 3 ; *Paul. fr.* 66, *eod.* — (3) *Paul. fr.* 36, 59 *et* 66, *eod.* — (4) *Callistr. fr.* 64, § 1, *eod.* — (5) *Paul. d. fr.* 66. — (6) *Paul. fr.* 38, *pr. et* § 1 ; *Marcian. fr.* 57, *de rit. nupt.* — (7) § 4, *de donat.* — (8) § 4, *de bon. poss.*

les justes noces ne commencent à exister que par le consentement de ce dernier ou par sa mort ; et si, à l'instant où cette condition se réalise, la femme est déjà enceinte, l'enfant conçu ne suivra point la condition de son père, et ne naîtra ni dans sa famille, ni sous sa puissance [1]. En effet, les enfants qui n'ont pas été conçus *ex justis nuptiis* sont assimilés aux enfants *vulgo concepti*, du moins en ce qui concerne la puissance paternelle et les droits de famille (*quantum ad patriam potestatem*).

155. Sous d'autres rapports on doit cependant admettre une distinction ; car, s'il n'existe point de noces, il peut exister un *concubinatus*. A la vérité, les empêchements résultant de la parenté et de l'alliance ne permettent aucune espèce de mariage, et alors il importe peu que les parties aient contracté de justes noces ou simplement un *concubinatus ;* leur union n'est toujours qu'un inceste [2], et les enfants sont nécessairement *spurii* [3] : mais les prohibitions purement civiles ne s'étendent point au *concubinatus*. Ainsi, par exemple, un gouverneur de province qui ne peut épouser une femme domiciliée dans le pays qu'il administre, peut l'avoir *in concubinatu* [4]. Or les enfants nés du *concubinatus* ont un père certain ; et à son égard ils prennent le titre de LIBERI NATURALES, parce qu'ils ne naissent point dans sa famille, quoiqu'ils puissent, en certains cas, passer sous sa puissance [159, etc.].

156. La dot et la donation à cause de noces sont des donations d'un genre spécial, d'où résultent, pour chacun des époux, des droits que nous expliquerons plus tard [494, 495], et notamment, pour la femme, le droit d'exiger, à la dissolution du mariage, la restitution de la dot. Mais il n'y a dot que lorsqu'il y a *matrimonium*, justes noces [5], et les conjoints dont l'union n'est pas entièrement conforme aux règles du droit civil ne peuvent réclamer ni dot ni donation à cause de noces, *nec dotis nec donationis exactioni locus.*

157. Si le mariage reste dépourvu de tout effet civil lorsqu'il ne réunit pas toutes les conditions requises, il devient criminel lorsqu'il est contracté au mépris des prohibitions établies. Les noces entre ascendants et descendants sont dites *nefariæ*

[1] *Paul. fr.* 11, *de stat. hom.*— [2] *Ulp. fr.* 1, § 3, *de concub.*— [3] *Modest. fr.* 23, *de stat. hom.*— [4] *Paul. fr.* 5, *de concub.* — [5] *Ulp. fr.* 3 ; *fr.* 39, *pr. et* § 1, *de jur. dot.*

atque incestæ (1). C'est un inceste du droit des gens, un inceste inexcusable, par opposition à celui que commettaient, soit des collatéraux, soit des alliés dont l'union a été ou toujours réprouvée par les mœurs [132-144], ou prohibée par les constitutions [145]. L'inceste, indépendamment de toute autre punition, entraîne toujours confiscation de la dot (2) ; cependant, lorsqu'il n'y a pas inceste du droit des gens, on use d'une sévérité moins grande envers les parties qui ont été dans l'erreur (3), et la bonne foi des contractants ou de l'un d'eux suffit, en certains cas, pour faire accorder aux enfants les avantages qu'aurait produits en leur faveur un mariage légitime (4).

Quant aux noces prohibées par des motifs purement civils ou politiques [150, etc.], elles ne sont point incestueuses, quoique les contractants encourent des peines qui varient suivant les circonstances (5).

§ XIII.

158. L'enfant qui ne se trouve pas dès sa naissance dans la famille paternelle, peut y entrer postérieurement. Entre autres exemples rapportés par Gaïus (6) et par Ulpien (7), je citerai seulement le cas où un citoyen aurait épousé par erreur une femme *peregrina* et en aurait eu un enfant. Dans cette hypothèse, le père était admis à justifier son erreur (*causam erroris probare*), et alors l'enfant, qui était né *peregrinus* comme sa mère, devenait citoyen romain et fils de famille : *incipit filius in potestate patris esse*, dit Gaïus (8).

159. Depuis Caracalla [98], les sujets de l'empire ont en général le droit de cité ; mais on distingue, entre citoyens romains, deux sortes de mariages, et les enfants issus *ex concubinatu* naissaient toujours hors de la puissance de leur père, sans avoir aucun moyen d'acquérir les droits de famille. C'est dans le Bas-Empire seulement que les princes chrétiens ont permis de légitimer les enfants naturels.

La légitimation, sur le but de laquelle il importe de ne point se méprendre, ne tend pas à justifier les suites d'un commerce prohibé ou simplement illicite (9). Elle suppose qu'il a existé une union licite, mais qui cependant ne produisait pas l'effet

(1) § 1, *h. t.* — (2) *Paul. fr.* 52, *de rit. nupt.* — (3) *Paul. fr.* 68, *eod.* — (4) *Marcian. fr.* 57, § 1 : *fr.* 58, *de rit. nupt.* — (5) *Paul. fr.* 66 ; *Callistr. fr.* 64, *eod.* — (6) 1 *inst.* 65 *et seq.* — (7) 3 *reg.* 3. — (8) *Gaius*, 1 *inst.* 67. — (9) *Nov.* 74, *cap.* 6.

civil des justes noces. En effet, c'est aux *liberi naturales* nés *ex concubinatu* qu'elle confère les droits de famille. Ils passent sous la puissance paternelle; et alors ils sont légitimés, en ce sens que la loi établit entre leur père et eux un lien civil qui n'existait pas à l'époque de leur naissance. C'est ainsi que la légitimation des enfants naturels, absolument indifférente à l'égard de la mère et de sa succession [1], ne tend qu'à les placer, comme fils de famille, sous la puissance de leur père, *suos patri et in potestate fieri* [2].

160. La légitimation a lieu de différentes manières : elle s'opère premièrement par une sorte d'agrégation de l'enfant naturel au corps de la curie ou sénat des villes municipales. Le titre de décurion était très honorable et en même temps très onéreux, à cause des grandes dépenses auxquelles il fallait contribuer, et dont on cherchait ordinairement à se dispenser. C'est donc pour l'avantage des curies que Théodose le Jeune [3] permit au père d'offrir son fils naturel à la curie de sa ville natale, et si le père était originaire de Rome ou de Constantinople, à la curie d'une ville métropolitaine. Par ce moyen, un fils naturel passe sous la puissance de son père et devient admissible à sa succession [4]. La fille naturelle peut être légitimée par son mariage avec un décurion [5].

Au reste, ce n'est là qu'une légitimation très imparfaite; car l'enfant qui succède à son père reste étranger aux autres membres de la famille paternelle; et lorsqu'il existe des enfants légitimes, le père ne peut donner ou laisser au légitimé plus qu'à l'enfant légitime auquel il donne ou laisse le moins [6].

161. Constantin, dans une constitution renouvelée depuis par Zénon, avait permis au père naturel de légitimer les enfants qu'il aurait d'une concubine ingénue; il lui suffisait pour cela de contracter avec la mère un mariage civil. Telle a été l'origine de la légitimation dite *per matrimonium subsequens*, que Constantin et Zénon [7] ont introduite en faveur des enfants déjà nés, sans étendre le même bénéfice aux enfants qui naîtraient plus tard du *concubinatus*. Justin est le premier [8] qui ait autorisé cette légitimation pour l'avenir, mais seulement à

[1] § 3, *de sc. orphit.*; § 7, *de sc. tertyll.* — [2] *Justin. C.* 5, *de natur. liber.* — [3] *C.* 3, *de natur. liber.* — [4] *Text. hic*, § 2, *de her. quæ ab intest.* — [5] *Theod. et Valent. C.* 3, *de natur. liber.* — [6] *Justin. C.* 9, *eod.* — [7] *C.* 5, *eod.* — [8] *C.* 6, *eod.*

défaut de postérité légitime. Enfin, sous Justinien ([1]), le père qui a des enfants issus *ex justis nuptiis* peut légitimer ses enfants naturels, soit par oblation à la curie, soit par mariage subséquent.

162. Les textes restreignent le bénéfice de cette dernière légitimation au cas où le père aurait pu épouser la mère sans aucun empêchement, *cujus matrimonium* MINIME INTERDICTUM *fuerat* ([2]). Interprétée en ce sens qu'il ne doit exister aucun empêchement à l'instant où les noces se contractent, cette restriction ne signifierait absolument rien : car il est bien évident que la légitimation par mariage subséquent suppose la possibilité légale de contracter ce mariage. Mais en réalité le texte exige réellement que le mariage ait été possible antérieurement, c'est-à-dire au temps de la conception. Ainsi les enfants naturels, seuls susceptibles d'être légitimés, ne le sont pas tous ; en effet, le *concubinatus* dont ils sont issus peut avoir existé à une époque où leurs père et mère n'avaient pas le droit de contracter *justas nuptias* [155].

163. Il s'agit ici des enfants naturels dont la mère était libre ([3]). En interprétant le mot *libera* dans le sens qui le rend quelquefois synonyme du mot ingénu [77], on a prétendu exclure du bénéfice de la légitimation les enfants nés d'une concubine affranchie. Cette interprétation, qui s'appuyait sur la constitution de Zénon ([4]), a été condamnée par Justinien dans ses Novelles ([5]). Les enfants d'une affranchie peuvent donc être légitimés par mariage subséquent, lorsque le père n'est pas dans l'impossibilité d'épouser une affranchie. Justinien a également admis la légitimation des enfants naturels qu'un maître aurait de sa propre esclave ; mais, dans ce cas, la légitimation n'a lieu qu'à défaut d'enfant légitime (*a*).

([1]) *C.* 9, § *ult.*; *C.* 10, *eod.*; *nov.* 12, *cap.* 4.— ([2]) *Text. hic.* V. § 2, *de her. quæ ab intest.*; *C.* 10 *et* 11, *de natur. liber.* — ([3]) *Ex muliere libera* (*text. hic*; *Justin. d. C.* 10, *de natur. lib. p.*— ([4]) *C.* 5, *de natur. liber.* — ([5]) *Nov.* 78, *cap.* 3.

(*a*) La Novelle 18 exige, en outre, que la mère et les enfants obtiennent, après avoir été affranchis, le bénéfice de régénération qui efface toutes les traces de la servitude, et assimile les affranchis aux ingénus. Deux ans plus tard, c'est-à-dire en 529, Justinien, supprimant toute distinction entre les ingénus et les affranchis, fait du droit de régénération une conséquence de la manumission même (*Nov.* 78, *cap.* 1 *et* 2). Il décide en même temps que les enfants n'auront même pas besoin d'affranchissement. Dès que leur père épouse son esclave, ils deviennent libres, ingénus et fils de famille par le seul fait de la confection de l'*instrumentum dotale* (*Nov.* 78, *cap.* 3 *et* 4).

164. Au surplus, la légitimation n'a lieu *per matrimonium subsequens*, que lorsqu'il a été dressé un acte dotal (*dotalibus instrumentis compositis*). Cet acte est exigé non pour la validité des noces, mais pour déterminer positivement quels sont les enfants légitimés : car un enfant naturel qui, en cette qualité, est nécessairement *sui juris*, ne peut être soumis malgré lui à une légitimation dont l'effet nécessaire est de le rendre fils de famille (1).

165. Les derniers mots du texte prévoient le cas où le mariage qui opère la légitimation donnerait naissance à de nouveaux enfants, et comme la leçon vulgaire a paru altérée, divers éditeurs ont cherché à la rectifier : de là trois versions principales. Suivant celle de Cujas (*a*), la survenance d'un ou plusieurs enfants n'empêche pas la légitimation de ceux qui étaient nés auparavant. Effectivement, la constitution de Justinien (2) les place tous sur la même ligne.

D'après la leçon d'Hotoman (*b*), au contraire, la légitimation a lieu, lors même qu'il ne surviendrait après le mariage aucun autre enfant, comme l'a d'ailleurs décidé Justinien (3), pour lever les doutes qu'avait fait naître la constitution précédente.

166. La troisième leçon, celle des éditions vulgaires (*c*) étend le bénéfice de la légitimation aux enfants qui doivent naître du mariage. Mais, dit-on, ces derniers seront légitimes; ils n'auront donc pas besoin d'être légitimés. Nonobstant cette objection, je crois que le texte peut s'entendre des enfants nés dans les justes noces, mais conçus auparavant, le père ayant épousé la mère pendant sa grossesse. Ceux-ci ont réellement besoin de la faveur que leur accorde Justinien ; car, d'une part, ils ne sont pas légitimes, puisqu'ils ont été conçus antérieurement aux noces [154], et d'autre part ils ne sont pas légitimés, puisque la légitimation s'applique à des enfants déjà nés. L'empereur décide, selon moi, que les enfants nés depuis le ma-

(1) *Nov.* 89, *cap.* 11. — (2) *C.* 10, *de natur. liber.* — (3) *C.* 11, *eod.* V. § 2, *de her. quæ ab intest.*

(*a*) *Quod si* ALII LIBERI *ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

(*b*) *Quod* SI NULLI ALII LIBERI *ex eodem*, etc.

(*c*) *Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter*, etc.

riage, mais conçus auparavant, naîtront désormais sous la puissance de leur père et dans sa famille. Entendu en ce sens, le texte se référerait à une constitution de Justinien, portant que l'état des enfants se détermine par l'époque de leur naissance, excepté lorsque leur intérêt même oblige de remonter jusqu'à la conception (1).

167. Les Novelles de Justinien contiennent plusieurs dispositions sur les enfants naturels et sur un mode de légitimation qui s'opère par rescrit du prince, à défaut d'enfant légitime, et lorsque les noces sont devenues impossibles par la mort de la mère ou par toute autre cause. Dans ce cas, le rescrit du prince intervient sur la requête du père, ou sur la requête des enfants eux-mêmes, lorsque le père décédé a exprimé dans son testament la volonté de les légitimer.

(1) C. 11, *de natur. liber.*

TITRE XI.

DES ADOPTIONS.

Nous avons sous notre puissance, non-seulement, ainsi que nous l'avons dit, nos enfants naturels, mais encore ceux que nous adoptons.

1. L'adoption se fait de deux manières, ou par rescrit du prince, ou par l'autorité du magistrat. Avec l'autorisation de l'empereur, on peut adopter celui ou celle qui ne dépend que de soi-même, et cette espèce d'adoption s'appelle adrogation. Par l'autorité du magistrat, nous adoptons celui ou celle qui est sous puissance d'un ascendant, soit au premier degré, comme le fils et la fille; soit à un degré inférieur, comme les petit-fils et petite-fille, ou les arrière-petit-fils et petite-fille.

TITULUS XI.

DE ADOPTIONIBUS.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

1. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve qui quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptare licet eos easve qui quæve in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis filius, filia; sive inferiorem, qualis et nepos, neptis, pronepos, proneptis.

2. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

2. Mais aujourd'hui, d'après notre constitution, lorsqu'un fils de famille est donné en adoption à un étranger par le père naturel, la puissance de ce dernier n'est point dissoute ; aucun droit ne passe au père adoptif qui n'a point l'adopté sous sa puissance, bien que nous accordions à celui-ci le droit de succéder ab intestat. Mais si le père naturel, au lieu de donner son fils en adoption à un étranger, le donne à l'aïeul maternel du fils, ou lorsque le père naturel est émancipé, à l'aïeul paternel ou au bisaïeul, soit paternel, soit maternel ; dans ce cas, comme les droits de nature et d'adoption se réunissent dans la même personne, le droit du père adoptif, formé par un lien naturel, et confirmé par le lien légal de l'adoption, conserve toute sa force, et alors l'enfant passe dans la famille et sous la puissance du pere adoptif.

3. Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit : id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, *hoc est tabulario*, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit,

3. Lorsque par rescrit du prince on adroge un impubère, l'adrogation ne se permet qu'en connaissance de cause : on examine quel en est le motif, si elle est honorable et avantageuse pour le pupille; alors l'adrogation se fait sous certaines conditions. Ainsi l'adrogeant doit prendre envers une personne publique, c'est-à-dire envers un tabellion, et pour le cas où le pupille décéderait avant la puberté, l'engagement de restituer les biens à ceux qui, sans l'adoption, auraient succédé à l'impubère. L'adrogeant ne peut pas non plus émanciper l'adrogé sans avoir fait approuver l'émancipation en connaissance de cause, et alors il rend les biens de l'adrogé. Mais, lors même que le pere l'a déshérité en mourant, ou

émancipé de son vivant sans motif légitime, il est tenu de lui laisser le quart de ses propres biens, en sus de ceux que le pupille a transférés au père adoptif, ou dont il lui a, plus tard, procuré l'acquisition.

jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei postea adquisivit.

4. On ne peut pas adopter un individu plus âgé que soi, car l'adoption imite la nature, et il est contre nature qu'un fils soit plus âgé que son père. Ainsi, lorsqu'on se donne un fils par adoption ou par adrogation, il faut avoir la pleine puberté, c'est-à-dire dix-huit ans de plus que lui.

4. Minorem natu majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est ut major sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis præcedere.

5. On peut, quoiqu'on n'ait pas de fils, se donner, par adoption, des petits-fils ou petites-filles, des arrière-petits-fils ou petites-filles, et ainsi de suite.

5. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat.

6. On peut adopter le fils d'un autre comme petit-fils, et son petit-fils comme fils.

6. Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.

7. Lorsqu'on adopte un petit-fils, comme issu soit d'un fils antérieurement adopté, soit d'un fils naturel qu'on a sous puissance, dans ce cas, il faut avoir aussi le consentement du fils, afin de ne pas lui donner un héritier sien malgré lui. Au contraire, lorsque l'aïeul donne en adoption les enfants de son fils, le consentement de ce dernier n'est pas nécessaire.

7. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet; in eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres adgnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

8. L'adopté ou l'adrogé est assimilé, dans plusieurs cas, à l'enfant né d'un mariage légitime; conséquemment, ceux qu'on au-

8. In plurimis autem causis adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus

est. Et ideo si quis per imperatorem, sive apud prætorem vel apud præsidem provinciæ *non extraneum* adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare.

9. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

10. Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. Sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

11. Illud proprium est adoptionis illius quæ per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus adoptione facta incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

12. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari.

Unde et nos eruditi in nostra constitutione, etiam eum servum

rait adoptés soit avec autorisation de l'empereur, soit lorsqu'il ne s'agit pas d'étrangers, devant le préteur ou le président de la province, pourront être donnés en adoption à un autre.

9. Une autre règle commune aux deux adoptions, c'est que les personnes incapables d'engendrer, comme les impuissants, peuvent adopter; mais les castrats ne le peuvent pas.

10. Les femmes sont également incapables d'adopter, parce qu'elles n'ont aucune puissance, même sur leurs enfants naturels: cependant elles peuvent adopter avec la permission du prince, pour se consoler d'avoir perdu leurs enfants.

11. L'adoption qui se fait par rescrit du prince a un effet particulier : lorsqu'un père, ayant des enfants en sa puissance, se donne en adrogation, non-seulement il se soumet lui-même à la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants passent comme petits-fils sous la puissance de ce dernier. C'est ainsi que l'empereur Auguste attendit, pour adroger Tibère, que celui-ci eût adopté Germanicus, afin que, par cette adrogation, Germanicus devînt le petit-fils d'Auguste.

12. Caton, au rapport des anciens, a écrit avec raison que les esclaves, lorsqu'ils sont adoptés par leurs maîtres, peuvent par cela seul devenir libres.

Profitant de cet avis, nous avons établi, par notre constitution, qu'un esclave

à qui son maître aurait, par acte solennel, donné le titre de fils, deviendrait libre, sans cependant acquérir les droits de fils.

quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

EXPLICATION.

PR.

168. Outre les enfants conçus dans les justes noces, ou légitimés conformément aux règles précédentes, un citoyen romain peut avoir dans sa famille d'autres enfants, sur lesquels la puissance paternelle s'établit par le seul effet du droit civil, indépendamment du lien du sang. On les appelle enfants adoptifs, par opposition aux enfants naturels; et alors cette dernière expression ne désigne plus, comme ci-dessus, les enfants nés du *concubinatus*. Elle s'applique, dans une autre acception, à tous les enfants qui descendent réellement du père de famille; tandis que l'adoption place sous la puissance des enfants qui, le plus souvent, doivent la naissance à un étranger. C'est dans le sens de cette distinction que Justinien, d'après Gaïus, donne ici le titre d'enfants naturels (*liberi naturales*) à tous les fils de famille qui ne sont point devenus tels par adoption.

§ I.

169. Il existe deux espèces d'adoptions, dont l'une prend le nom particulier d'adrogation, tandis que l'autre conserve le nom générique; elles diffèrent quant à la forme de l'acte, et quant aux personnes adoptées.

L'adoption des fils de famille, ou adoption proprement dite, fait sortir l'adopté de la puissance d'un père de famille pour le faire passer sous la puissance d'un autre, suivant les formes que nous expliquerons plus loin [202].

170. Dans l'adrogation, c'est une personne *sui juris*, un père de famille qui se soumet à la puissance d'un autre. Nul ne disposait ainsi de soi-même qu'avec l'autorisation d'une loi spéciale dont la proposition dans l'assemblée des comices se nommait *rogatio* [14]; de là, pour cette espèce d'adoption, le nom d'*adrogatio*. Lorsque l'empereur fut investi du pouvoir

législatif, son autorisation put remplacer celle du peuple, et la permission d'adroger fut accordée *ex principali rescripto.* Mais à quelle époque cessa-t-on de consulter les comices pour s'adresser exclusivement au prince? Il est certain qu'au second siècle, et même au commencement du troisième, lorsque les constitutions impériales avaient indubitablement force de loi ([1]), l'adrogation se faisait encore *populi auctoritate* ou *per populum* ([2]). Mais en 286, sous le règne de Dioclétien et Maximien, l'adrogation faite *principali indulgentia* est déclarée valable : *perinde valet*, dit le texte, *ac si per populum jure antiquo facta esset*, et deux autres constitutions des mêmes empereurs décident formellement que l'adrogation ne peut plus avoir lieu qu'en vertu d'un rescrit impérial ([3]).

§ II.

171. L'adoption proprement dite, en transférant la puissance paternelle au père adoptif, détruit celle du père naturel ; sous ce rapport, elle peut causer à l'adopté un préjudice considérable, en lui ôtant l'hérédité du père naturel, sans lui assurer celle de l'adoptant. Pour éviter cet inconvénient, Justinien décide que le fils ou la fille donnée en adoption par son père à un étranger, c'est-à-dire à toute autre personne qu'un ascendant, restera sous la puissance et dans la famille du père naturel, et y conservera tous ses droits; toutefois l'adopté, quoiqu'il ne change pas de famille, est considéré comme fils de l'adoptant, et lui succède *ab intestat*, sans avoir d'ailleurs aucun recours à exercer contre le testament du père adoptif ([4]).

Nous reviendrons plus loin sur l'adoption faite par un étranger, et nous verrons qu'elle n'est pas toujours imparfaite ; car ce qu'on dit ici du fils donné en adoption par son père ne s'applique pas indistinctement aux petits-enfants donnés en adoption par leur aïeul [829, 830].

172. Pour conserver pleinement son ancien effet envers les enfants du premier degré, l'adoption doit être faite (*non extraneo*) par un ascendant de l'adopté. Le texte suppose d'abord que l'adoptant est un aïeul maternel (*avo materno*), parce que l'aïeul paternel a naturellement sous sa puissance son fils et

([1]) *Gaius,* 1 *inst.* 5 ; *Ulp. fr.* 1, *de constit. princip.* — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 98 ; *Ulp.* 8, *reg.* 2 *et seq.* — ([3]) *Diocl. et Max. C.* 2, 6 *et* 8, *de adopt.* — ([4]) § 14, *de hered. quæ ab intest.*; *Justin. C.* 10, § 1, *de adopt.*

les enfants de son fils, et que dès lors il semble impossible qu'il adopte ces derniers. Cependant si l'aïeul avait émancipé son fils (*si ipse pater fuerit emancipatus*), ce dernier aurait sous sa puissance ses propres enfants conçus depuis son émancipation [205], et il pourrait alors les donner en adoption à un ascendant paternel aussi bien qu'à un ascendant maternel (*paterno vel materno*). En un mot, il suffit que l'adopté ne soit pas déjà dans la famille de l'ascendant qui l'adopte précisément pour acquérir la puissance paternelle.

§ VI.

173. Comme la puissance paternelle s'étend sur plusieurs générations, un fils de famille peut être adopté pour fils ou pour petit-fils. Cette distinction dépend uniquement de l'intention des parties ; il n'est pas même nécessaire, comme on le voit ici, que l'adopté prenne dans la famille adoptive le rang qu'il occupait dans sa famille naturelle.

Cette observation ne s'applique point à l'adrogé, puisqu'il ne dépend de personne. Quant aux enfants qu'il a sous sa puissance, ils prennent, dans la famille de l'adrogeant, le degré inférieur à celui qu'ils occupaient sous la puissance de l'adrogé.

§ XI.

174. En effet, les enfants naturels ou adoptifs que l'adrogé a sous sa puissance passent avec lui dans la famille de l'adrogeant. Ce dernier acquiert aussi tous les biens de l'adrogé, comme nous le verrons dans un titre spécial ([1]).

§ III.

175. Les personnes soumises à la puissance paternelle ont toujours pu être données en adoption, quels que fussent leur sexe et leur âge ; l'adrogation, au contraire, n'a pas toujours été possible à l'égard de toute personne *sui juris*. Tant que les adrogations se firent dans l'assemblée des comices, les femmes qui n'y prenaient aucune part ne pouvaient pas être adrogées. Quant aux impubères du sexe masculin, si leur adrogation a été quelquefois permise, elle a été aussi quelquefois défendue, par cette raison qu'il n'appartient pas au tuteur d'autoriser un acte

([1]) *Liv.* 3, *tit.* 10.

par suite duquel le pupille, cessant d'être *sui juris*, passerait sous la puissance d'autrui. Enfin, sous Antonin le Pieux, l'adrogation des impubères a été définitivement autorisée, mais avec des précautions particulières (*a*).

176. Ainsi, indépendamment de l'examen que l'on fait ordinairement, surtout en matière d'adrogation, examen qui porte sur les motifs de l'adoption, sur l'âge de l'adoptant, et lorsqu'il a des enfants, sur le tort qu'il peut leur faire ([1]), on recherche spécialement, quant à l'adrogation d'un impubère, si elle est honorable et avantageuse pour lui (*an honesta sit expediatque pupillo*). En conséquence, on s'enquiert des mœurs de l'adrogeant et de sa fortune ([2]), et alors même que l'adrogation est admise, elle n'a lieu que sous certaines conditions. On veut, d'une part, que l'adrogeant n'en profite jamais au préjudice, soit de l'adrogé, soit de sa famille, ou même des substitués pupillaires qui lui auraient été donnés [626], et, d'autre part, que l'adrogé lui-même ne soit pas frustré sans motif des avantages qu'il devait espérer. De là les conditions suivantes :

1° Si l'adrogé décède avant sa puberté, ses biens seront restitués par l'adrogeant aux personnes qui, à défaut d'adrogation, les auraient recueillis dans sa succession, et cela par suite de l'engagement que l'adrogeant prend, à cet effet, envers une personne publique (*b*).

2° L'adrogé ne doit être émancipé qu'autant qu'il aurait mérité cette rigueur par sa conduite, et dans ce cas même ses biens lui sont rendus.

3° Indépendamment de cette restitution, l'adrogeant, s'il émancipe l'adrogé sans justes motifs, doit lui laisser le quart de ses propres biens. Ce quart, qu'on appelle Quarte Antonine,

([1]) *Ulp. fr.* 15, § 2; *fr.* 17, *pr. et* § 1, *de adopt.* — ([2]) *Ulp. d. fr.* 17, § 2.

(*a*) V. *Gaius*, 1 *inst.* 101 *et* 102; *Ulp.* 8 *reg.* 5; *A. Gell.* 5 *noct. attic.* 19. Un texte de Gaius conservé au Digeste (*fr.* 21, *de adopt.*) pourrait faire croire que, dès le temps de ce jurisconsulte, l'adrogation se faisait *per rescriptum principis*. Telle est, en effet, la conclusion qu'en tire Heineccius (*Elem. jur.* 179); mais il suffit de consulter Ulpien (8 *reg.* 5), pour voir que ce dernier ne met pas l'adrogation des femmes et celle des impubères sur la même ligne. De son temps, l'une était déjà permise, et l'autre était encore défendue; de son temps, et à plus forte raison du temps de Gaius, l'adrogation ne se faisait que devant le peuple, *per populum*. Le *fr.* 21, *de adopt.* est donc un texte altéré.

(*b*) *Personæ publicæ, id est tabulario* (*text. hic*); *servo publico* (*Ulp. fr.* 18, *h. t.*; *fr.* 2, *rem. pup. salv. for.*; v. 1005).

appartient également à l'adrogé déshérité ; mais alors on ne distingue pas s'il a ou non mérité l'exhérédation. En effet, si l'adrogeant a eu de justes sujets de plainte contre l'adrogé, il a pu en profiter pour l'émanciper, sans différer à le punir dans un acte de dernière volonté.

§ IV.

177. Le reste du titre contient des règles communes aux deux espèces d'adoption.

La question de savoir si l'adoptant peut être moins âgé que l'adopté, a été longtemps débattue ([1]), et décidée négativement au IIIe siècle ([2]). On a même exigé que l'adoptant eût dix-huit ans de plus que l'adopté ([3]), c'est-à-dire dix-huit ans commencés ou dix-sept ans accomplis, qui correspondent à la puberté pleine [272]. Ainsi les titres de père et de fils adoptifs ne sont plus admissibles entre les personnes à qui ces titres ne pourraient pas naturellement appartenir ([4]). C'est en ce sens que l'adoption imite la nature (*naturam imitatur*).

§ V.

178. L'imitation n'est cependant pas absolue, car on peut adopter sans avoir jamais été marié ([5]) ; on peut même devenir aïeul adoptif sans avoir aucun fils (*quamvis filium non habeat*). Le texte parle d'un fils, parce qu'une personne adoptée *in locum nepotis* serait inutilement considérée comme descendant de l'adoptant par sa fille, puisque les petits-enfants n'appartiennent jamais à la famille de leur aïeul maternel.

§ VII.

179. La personne que j'adopte *in locum nepotis* devient le neveu de tous les enfants qui sont au premier degré dans ma famille, et le cousin de tous ceux qui s'y trouvent au second degré ; car, en règle générale, aucun des fils de l'adoptant n'est réputé père de l'adopté. Cependant la personne adoptée *in locum nepotis* peut être considérée comme enfant du fils ou de l'un des fils que j'ai sous ma puissance ; mais cette intention doit être déclarée par une clause expresse de l'adoption ([6]).

([1]) *Gaius, 1 inst.* 106. — ([2]) *Ulp. fr.* 15, § 3, *h. t.* — ([3]) *Modest. fr.* 40, § 1, *h. t.* — ([4]) *Javol. fr.* 16, *h. t.* — ([5]) *Paul. fr.* 30, *h. t.* — ([6]) *Procul. fr.* 44, *h. t.*

Dans cette hypothèse (*eo casu*), le consentement du fils qui doit être considéré comme père de l'adopté, et, par conséquent, avoir l'adopté sous sa puissance au décès de l'adoptant, devient indispensable; car nul ne doit se trouver sous la puissance d'une personne malgré elle (*ne ei invito*, etc.). Conséquemment, si le fils ne consent pas, l'adopté sera considéré comme son neveu, et ne retombera jamais en sa puissance (1). Du reste, le concours des autres membres de la famille est inutile, quoique l'adoption produise entre eux et l'adopté tous les effets d'une parenté réelle (2).

§ VIII.

180. L'adoptant acquiert sur l'adopté la même puissance qu'il aurait sur un enfant naturel, et il peut s'en dépouiller, soit en émancipant l'adopté, soit en le donnant à un nouveau père adoptif; mais alors il ne peut pas reprendre par une seconde adoption la puissance dont il s'est démis (3). Il en est autrement pour les enfants naturels, dont le retour dans la famille primitive peut toujours s'effectuer par adoption (4).

181. L'adoption établit une parenté fictive qui produit tous les résultats d'une parenté réelle. Elle unit l'adopté, non pas à tous les parents (5), mais à tous les agnats de l'adoptant (6), c'est-à-dire à tous les membres de sa famille [231]. C'est à leur égard seulement que l'enfant adoptif est assimilé en tout point aux enfants nés *ex justis nuptiis;* du reste cette fiction cesse dès que le lien de famille est rompu par l'émancipation, et alors l'adopté devient tout à fait étranger à l'adoptant et à sa famille [825]. S'il est réputé fils de l'adoptant, ce n'est donc pas dans un sens absolu, mais seulement *in plurimis causis.*

182. Tout ce qui précède s'appliquait, avant Justinien, à tous les adoptés, et s'applique encore aux personnes *sui juris* adrogées, et même aux fils de famille adoptés par un de leurs ascendants (*non extraneum*); car l'adoption faite par un étranger a été soumise par Justinien à des règles particulières [172].

(1) *Paul. fr.* 10 *et* 11, *h. t.* — (2) *Cels. fr.* 7, *h. t.*; v. 181. — (3) *Paul. fr.* 37, § 1, *h. t.* — (4) *Ulp. fr.* 12; *fr.* 15, § 1, *h. t.* — (5) *Julian. fr.* 26, *h. t.* — (6) § 2, *de legit. agnat. success.*; *Paul. fr.* 23, *h. t.*

§ IX.

183. Examinons maintenant la capacité que certaines personnes ont pour adopter ou être adoptées.

L'adoption comme le mariage est permise, en règle générale, à ceux qui *generare non possunt;* mais elle est, comme les noces [121], interdite aux castrats, sans doute parce que chez ces derniers *tam necessaria pars corporis penitus absit* (1). Il semble, en effet, que le castrat, perdant les organes caractéristiques de la virilité, cesse par cela même d'être VIR (*a*).

§ X.

184. Les femmes n'ayant aucune puissance paternelle, même sur leurs propres enfants, ne sauraient acquérir cette puissance sur un enfant adoptif. Aussi les a-t-on déclarées absolument incapables d'adopter (2) jusqu'au règne de Dioclétien et Maximien, qui ont permis aux femmes de remplacer, par adoption et avec la permission du prince, les enfants qu'elles auraient perdus. Mais ce n'est qu'une adoption imparfaite, car l'adopté ne change pas de famille, bien qu'il soit assimilé, par rapport à l'adoptante, aux enfants qu'elle aurait *ex justis nuptiis* (3). Toutefois il lui succède comme il succéderait à un adoptant étranger [171], et, de plus, il peut attaquer, comme inofficieux, le testament qu'elle aurait fait à son préjudice. C'est du moins ce qui paraît résulter de la constitution précitée, et même d'une interpolation faite au texte d'Ulpien (4).

Un fils de famille, quoiqu'il n'adopte pas, peut avoir des enfants adoptifs, dans un cas précédemment expliqué [179].

§ XII.

185. Les affranchis peuvent être adrogés, mais par leur patron seulement (5) et lorsqu'il existe de justes motifs, comme

(1) *Paul. fr. 7, de ædil. edict.* — (2) *Gaius, 1 inst. 104; Ulp. 8, reg. 9.* — (3) *Diocl. et Max. C. 5, h. t.* — (4) *Fr. 29, § 3, de inoff. test.* — (5) *Ulp. fr. 15, § 3, h. t.*

(*a*) Dans la définition d'Ulpien (*fr. 128, de verb. sign.*), le mot *spado* comprend tous les impuissants. Ici, au contraire, on oppose les spadons aux castrats qui *virilitatem amiserunt* (*Ulp. fr. 4, § 2, ad l. c. de sic.*; V. *fr. 6, § 2, de ædil. edict.*; *Paul., fr. 7, eod.*).

le défaut de postérité (1). Dans ce cas même, l'affranchi qui devient fils de famille ne devient pas ingénu (2).

Il en est de même pour les esclaves que l'adoption fait passer sous la puissance paternelle d'un étranger; car suivant Aulu-Gelle (3), le plus grand nombre des anciens jurisconsultes, et entre autres Sabinus, admettaient cette adoption, en observant toujours que l'adopté ne doit pas être considéré comme ingénu.

186. Un maître peut-il adopter son propre esclave? Notre texte admet l'affirmative en rappelant que, d'après Caton, les esclaves adoptés par leur maître devenaient libres *ex hoc ipso*, c'est-à-dire par l'effet même de l'adoption qui les rend fils de famille (*a*). Justinien, qui statue sur une circonstance analogue, confirme cette interprétation, en décidant que le maître, lorsqu'il donne à son esclave le titre de fils sans l'adopter, et, par conséquent, sans le rendre fils de famille (*licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat*), lui confère néanmoins la liberté.

Il s'agit ici d'un titre donné *actis intervenientibus*, c'est-à-dire dans un acte public, devant le magistrat (4).

(1) *Diocl. et Max. C.* 3, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 46, *h. t.*; *fr.* 27, *de stat. hom.* — (3) 5 *noct. attic.* 19. — (4) *Justin. C.* 1, § 10, *de latin. libert. toll.*

(a) Suivant Théophile, au contraire, Caton décidait que l'adoption d'un esclave est nulle, et néanmoins que cette adoption, lorsqu'elle est faite par le maître, vaut comme affranchissement, par induction de la volonté tacite du maître. Mais remarquons, d'une part, que l'impossibilité d'adopter les esclaves n'est qu'une assertion gratuite démentie par Aulu-Gelle; et, d'autre part, que les inductions en matière d'affranchissement n'étaient pas admises au temps de Caton, comme elles l'ont été sous Justinien (V. § 2, *qui et ex quib. caus.*; *pr.*, *de her. inst.*).

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS SOLVITUR.

Videamus nunc quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberantur. Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur, ex iis intelligere possumus quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero qui

TITRE XII.

DE QUELLES MANIÈRES SE DISSOUT LA PUISSANCE PATERNELLE.

Voyons maintenant de quelles manières les personnes placées sous la puissance d'autrui en sont libérées. Relativement aux esclaves, pour savoir comment ils sortent de la puissance de leur maître, il suffit de ce que nous avons dit plus haut sur la manu-

mission. Quant aux individus placés sous la puissance d'un ascendant, sa mort les rend indépendants, mais sauf distinction; car la mort du père rend toujours indépendants ses fils et filles. La mort de l'aïeul, au contraire, n'a pas toujours le même effet pour ses petits-fils et petites-filles; elle ne les rend indépendants que dans le cas où, après la mort de l'aïeul, ils ne doivent pas retomber sous la puissance de leur père. Ainsi, lorsqu'au décès de l'aïeul, le père vit et se trouve encore sous la puissance du mourant, alors les petits-enfants passent sous la puissance de leur père; mais si, au décès de l'aïeul, le père est déjà mort ou sorti de la puissance paternelle, alors ses enfants, ne pouvant plus tomber sous sa puissance, deviennent indépendants.

in potestate parentium sunt, mortuo eo sui juris fiunt; sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum vivit et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut etiam mortuus est aut exiit de potestate patris, tunc ii, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

1. Le citoyen déporté dans une île pour un méfait perd le droit de cité. Il en résulte que, comme il se trouve ainsi retranché du nombre des citoyens romains, ses enfants cessent d'être en sa puissance, comme s'il était mort. Par la même raison, le fils de famille déporté dans une île cesse d'être soumis à la puissance paternelle. Toutefois ceux que la clémence du prince a réintégrés complétement [1], recouvrent leur premier état.

1. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut, qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac eo mortuo desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione, et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si ex indulgentia principali restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt [1].

2. Le père relégué dans une

2. Relegati autem patres

[1] A réintégrés, recouvrent complétement leur premier état.

[1] Restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.

in insulam, in potestate sua liberos retinent; et ex contrario liberi relegati in potestate parentium remanent.

3. Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur (1), et qui bestiis subjiciuntur.

4. Filiusfamilias, si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in potestate patris; militia enim vel consularis dignitas potestate patris filium non liberat.

Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas (2), illico imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

(1) Si ex decreto judiciali in metallum aliquis... dari jussus esset, servitus quidem erat ex supplicio illata : separabatur vero matrimonium, supplicio possidente damnatum, sibique servientem. Nos autem hoc remittimus... Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, utpote inter liberas personas consistens (*Nov.* 22, *cap.* 28).

(2) Sancimus ut omnis talis dignitas... quæ eos liberet a curia, hoc valeat et ut potestate eos liberet patrum atque avorum... Non volumus eum qui ita suæ potestatis fit, perdere aliquod legitimorum jus... et filii eorum post mortem avorum sub eorum recidant potestatem, ac si contigisset eorum parentes morte suorum patrum et non ex præsenti lege suæ potestatis fieri (*Nov.* 87, *cap.* 1 et 2).

ile conserve ses enfants sous sa puissance; et réciproquement, les fils de famille relégués restent sous la puissance paternelle.

3. Celui qui devient esclave de la peine, cesse d'avoir ses enfants sous sa puissance. Deviennent esclaves de la peine, ceux qui sont condamnés aux mines (1) ou exposés aux bêtes.

4. Le fils de famille devenu militaire, sénateur ou consul, reste sous la puissance de son père; car le service militaire ou la dignité de consul n'affranchit pas un fils de la puissance paternelle.

Mais, d'après notre constitution, la suprême dignité de patrice (2) libère le fils de la puissance paternelle, immédiatement après la délivrance des patentes impériales. Et comment, en effet, souffrirait-on qu'un père pût, au moyen de l'émancipation, dégager son fils des liens de sa puissance, tandis que la majesté impériale ne pourrait pas soustraire à la puissance d'autrui ceux que le prince a choisis pour pères?

(1) Dans le cas de condamnation aux mines par sentence judiciaire, la peine emportait servitude, et dissolvait le mariage du condamné voué au supplice, dont il devenait l'esclave. Nous faisons grâce de cette conséquence : ainsi, malgré la sentence, le mariage conservera toute sa validité, parce que chacun des époux reste libre.

(2) Nous avons ordonné que toute dignité, susceptible de libérer les fils de famille envers la curie, aurait aussi pour effet de les libérer de la puissance de leurs ascendants. Toutefois nous voulons que, dans ce cas, le fils de famille devenu indépendant ne perde aucun des droits d'enfant légitime, et que ses enfants, après la mort de l'aïeul, retombent sous la puissance de leur père, comme s'il était devenu indépendant par la mort du père de famille, et non en vertu de la présente loi.

5. Le père fait prisonnier par les ennemis devient leur esclave, et cependant l'état des enfants reste en suspens à cause du droit de *postliminium*, parce que les prisonniers faits par l'ennemi recouvrent, quand ils reviennent, tous leurs anciens droits. Ainsi, à son retour, le père aura ses enfants sous sa puissance, parce que le *postliminium* suppose que le captif est toujours resté dans son pays. Si, au contraire, il meurt chez l'ennemi, le fils est réputé avoir été indépendant depuis l'instant où le père a été pris. Réciproquement, si le fils ou le petit-fils est prisonnier de l'ennemi, le droit de *postliminium* fait que la puissance du père reste aussi en suspens. Le mot *postliminium* vient de *limen* (seuil) et de *post* (ensuite). Ainsi nous disons d'une personne prise par l'ennemi, et rentrée ensuite sur notre territoire, qu'elle est revenue par *postliminium* : car, de même que le seuil d'une maison forme une espèce de frontière, de même les anciens ont considéré la frontière comme le seuil de l'empire ; de là aussi le mot *limes* pour signifier une limite, une borne. De là est venu le mot *postliminium*, parce qu'on repasse les limites par lesquelles on était sorti. Le captif repris sur un ennemi vaincu est également censé revenir par *postliminium*.

5. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium a LIMINE et POST : unde eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus; nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus : ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus fuerat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.

6. L'émancipation fait également sortir les enfants de la puissance paternelle. L'émancipation

6. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. Sed

emancipatio antea quidem, vel per antiquam legis observationem procedebat quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebratur;

s'opérait précédemment, soit par une ancienne manière d'observer la loi, qui consistait en plusieurs ventes fictives, suivies chacune d'un affranchissement;

Vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit : ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices vel magistratus parentes intrent, et sic filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent.

Soit par rescrit du prince. Mais ici encore de sages améliorations ont été introduites par une de nos constitutions : en supprimant l'ancienne fiction, elle autorise le père de famille à comparaître directement devant les juges ou magistrats compétents, et à se démettre ainsi de sa puissance sur ses fils, filles, petits-fils, petites-filles ou autres descendants.

Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii vel filiæ, vel nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti; et præterea si impubes sit filius vel filia vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

Alors, conformément à l'édit du préteur, l'ascendant a sur les biens de ses fils, filles, petits-fils ou petites-filles ainsi affranchis, les mêmes droits que le patron sur les biens de son affranchi; et en outre, si les fils, filles ou autres descendants sont impubères, leur manumission investit ce même ascendant de la tutelle.

7. Admonendi autem sumus liberum arbitrium esse ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur.

7. Sachez que, lorsqu'on a en puissance son fils et le fils ou la fille de son fils, on est libre, soit de mettre son fils hors de puissance en y retenant son petit-fils ou sa petite-fille; soit, au contraire, de retenir son fils en puissance, en affranchissant son petit-fils ou sa petite-fille; soit enfin de les rendre tous indépendants. Il en est de même pour les arrière-petits-fils et petites-filles.

8. Sed et si pater filium quem in

8. Si le père a un fils sous sa puis-

sance, et conformément à nos constitutions sur ce sujet, le donne en adoption à son aïeul ou bisaïeul naturel, c'est-à-dire s'il déclare son intention dans un acte formel, devant le juge compétent, en présence et sans contradiction de l'adopté, et en présence de l'adoptant, le droit de puissance est dissous quant au père naturel, et passe à ce père adoptif, à l'égard duquel nous avons déjà dit que l'adoption conserve tous ses effets.

potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo præsente qui adoptat, solvitur jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam antea diximus.

9. Vous saurez que si votre bru devient enceinte, et si ensuite vous émancipez votre fils ou le donnez en adoption pendant la grossesse de son épouse, l'enfant naîtra néanmoins sous votre puissance; que s'il n'a été conçu qu'après l'émancipation ou l'adoption, l'enfant naîtra sous la puissance de son père émancipé ou de son aïeul adoptif; enfin, que les enfants, soit naturels, soit adoptifs, n'ont pour ainsi dire aucun moyen de forcer leurs ascendants à les mettre hors de puissance.

9. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur; quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur; et quod neque naturales liberi neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

EXPLICATION.

187. Nous avons déjà vu comment se dissout la puissance dominicale. Quant à la puissance paternelle, elle ne se dissout jamais par la simple volonté du père de famille, mais par des actes solennels, ou par des événements indépendants de toute volonté [1], et quelquefois même par l'élévation des fils de famille à certaines dignités [2].

Les accidents qui dissolvent cette puissance indépendam-

[1] *Diocl. et Max. C.* 3, *de emancip. lib.* — [2] § 4, *h. t.*

ment de toute volonté, sont la mort et la perte des droits de liberté ou de cité.

PR.

188. La mort d'un fils de famille fait cesser la puissance paternelle sur le défunt seulement. La mort du père, au contraire, libère de sa puissance tous les enfants qui s'y trouvent soumis. Chacun d'eux se trouve à son tour *sui juris*, ou père de famille : *singuli patrum familiarum nomen subeunt* (1). Ceci ne souffre aucune distinction pour les enfants du premier degré.

Il n'en est pas toujours de même à l'égard des petits-enfants. Leur père, tant qu'il existe dans la famille, forme entre l'aïeul et eux un intermédiaire sous la puissance duquel ils doivent retomber. Ainsi la mort de l'aïeul ne rend les petits-enfants *sui juris* que dans le cas où leur père est prédécédé ou a quitté la famille d'une manière quelconque.

§ I.

189. Les droits de famille et la puissance paternelle étant propres aux citoyens, un étranger ne peut être soumis à la puissance d'un Romain, non plus qu'un Romain à celle d'un étranger (2). Ainsi, par cela seul qu'un père ou qu'un fils de famille cesse d'être citoyen, il est considéré comme mort (*quasi eo mortuo*) pour tous les droits civils, et cette mort fictive produit ici tous les effets d'une mort véritable; *deportatos enim mortuorum loco habendos*, dit Ulpien (3).

Un citoyen romain perdait cette qualité lorsqu'on lui avait interdit l'eau et le feu, pour le forcer indirectement à s'expatrier. A cette interdiction de l'eau et du feu a succédé la déportation dans une île (4), espèce d'exil qui fait également perdre les droits civils (5).

190. Le déporté recouvre ses droits lorsqu'il est rappelé par le prince. Ce rappel, nommé restitution, rend la qualité de citoyen pour l'avenir, sans réintégrer le condamné dans ses dignités et dans ses biens, sans lui rendre les liens de famille et les autres droits qu'il a perdus. Pour rendre au père son ancienne puissance, et pour faire rentrer les enfants dans

(1) *Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. signif.* — (2) § 2, *de patr. pot.; Gaius*, 1 *inst.* 128 ; *Ulp.* 10 *reg.* 3. — (3) *Fr.* 1, § 8, *de bon. possess.*, *fr.* 63, § 10 ; *Paul. fr.* 65, § 12 ; v. § 7, *de societ.* — (4) *Ulp. fr.* 2, § 1, *de pœn.* — (5) *Text. hic.*; § 2, *de cap. demin.*

sa famille, en un mot, pour rétablir le déporté dans sa précédente condition (*pristinum statum*), il faut une concession expresse ([1]). Alors il y a restitution entière, *per omnia* ou IN INTEGRUM ([2]), comme si la déportation n'avait jamais existé (*a*).

§ II.

191. La relégation, différente en cela de la déportation, n'enlève aucun des droits civils ([3]). Ovide, relégué, avait conservé le titre de citoyen :

> *Quippe relegatus.................. dicor in illo,*
> *Nil nisi me patriis jussit abesse focis.*
> ....
> *Nec mihi jus civis, nec mihi nomen abest.*

§ III.

192. Ce qu'on a dit de la déportation doit se dire à plus forte raison de la servitude; car la perte de la liberté entraîne celle de tous les autres droits. Le texte ne parle ici que des esclaves de la peine, mais c'est par forme d'exemple qu'il les cite : de quelque manière que l'on devienne esclave, on perd nécessairement avec la liberté les droits de cité et de famille ([4]).

§ V.

193. Tout prisonnier de guerre devient esclave, et tout esclave perd ses droits. Cependant la question de savoir si la captivité du père a dissous sa puissance ne se décide pas immédiatement : l'état des enfants est en suspens (*pendet jus liberorum*); et, pour déterminer s'ils ont été fils de famille ou *sui juris*, il faut attendre le retour ou le décès du père. Au premier cas, le prisonnier, rentré dans son pays, est supposé n'en être jamais sorti, par conséquent n'être jamais tombé dans l'esclavage. Il reprend donc ses droits (*b*), même pour le passé

([1]) *Alex. Gord. Diocl. et Max. C.* 4, 6 *et* 9, *de sent. pass.* — ([2]) *Anton. C.* 1, *eod.* — ([3]) *Text. hic.: Marcian. fr.* 4, *de interd. et releg.* — ([4]) § 1, *de cap. demin.*

(*a*) *Paul.* 4 *sent.* 8, § 24. J'explique ici notre texte en supposant une virgule placée après les mots *per omnia*. Lorsqu'elle est après *fuerint* et avant *per omnia*, cette virgule donne au texte un tout autre sens, car alors il en résulte que le déporté recouvre toujours sa précédente condition *per omnia*, de quelque manière qu'il ait été restitué.

(*b*) Le *postliminium*, qui s'applique aux droits, ne s'applique pas aux faits, et,

ou, pour mieux dire, il les conserve sans les avoir jamais perdus, et ses enfants rentrent sous sa puissance, ou plutôt n'ont pas cessé d'y être. Telle est la conséquence d'une fiction admise sous le nom de *postliminium*, en faveur des prisonniers de guerre qui reviennent dans leur patrie. Si, au contraire, le prisonnier meurt chez l'ennemi, les enfants qu'il avait sous sa puissance en sont libérés; mais à compter de quelle époque? Sont-ils *sui juris* depuis la captivité du père, ou seulement depuis son décès? Cette question, qui était encore douteuse au temps de Gaius (1), a été décidée plus tard dans le premier sens (2), et cela sans le secours d'aucune fiction (a). En effet, la dissolution de la puissance du père, à l'époque de sa captivité, n'est que la conséquence de l'esclavage qu'il subit, et dont les effets ne sont point effacés par le *postliminium*, puisque cette fiction s'applique seulement en cas de retour.

La captivité d'un fils de famille suspend également la puissance paternelle (3), sans la dissoudre définitivement, parce que la fiction du *postliminium* s'applique également aux fils de famille.

194. Cette fiction a lieu dans tous les cas où le prisonnier revient, soit après avoir été repris sur l'ennemi (4), soit en se rachetant, ou en échappant d'une manière quelconque (5), pourvu qu'il ne revienne pas, comme Régulus, avec intention de retourner ensuite chez l'ennemi (6).

Quant à l'étymologie du mot *postliminium*, je n'ai rien à joindre au texte.

§ IV.

195. Aucune dignité, si ce n'est anciennement celle de vestale et de flamine, ne pouvait soustraire les enfants à la puis-

(1) *Inst.* 12. — (2) *Text. hic.; Tryph. fr.* 12, § 1, *de capt. et postlim.* — (3) *Text. hic.* — (4) *Text. hic. in fin.* — (5) *Florent. fr.* 26; *Pomp. fr.* 20, § 2, *de capt. postlim.* — (6) *Pomp. fr.* 5, § 3. *eod.*

---

par exemple, à la possession qu'avait le prisonnier. Son retour n'empêche pas que cette possession n'ait été interrompue par sa captivité [474, 563].

(a) C'est mal à propos qu'on voudrait expliquer cette décision par la fiction de la loi Cornélia, fiction dont nous indiquerons ailleurs le véritable objet (562; § 5, *quib. non est permiss.*). Remarquons seulement que la loi Cornélia remonte à la dictature de Sylla, et que, si elle avait été applicable à notre question, elle aurait tranché longtemps à l'avance les doutes qui existaient encore au temps de Gaius.

sance paternelle (1). Dans le Bas-Empire, Justinien (2) établit d'abord en faveur des patrices une exception peu importante, puisque le patriciat était rarement conféré à un fils de famille; mais plus tard, il a donné le même effet aux dignités d'évêque, de consul, et en général à toutes les dignités qui dispensent des charges de la curie (3).

196. Dans ce cas, le dignitaire devient *sui juris* sans sortir de sa famille et sans perdre aucun de ses droits; aussi, à la mort de son père, reprend-il sous sa puissance ses propres enfants, comme s'il était resté fils de famille jusqu'au décès de son père (4).

Cette réserve expresse confirme, pour tous les autres cas, cette règle générale, que pour jouir des droits de famille, il faut être sous la puissance du *pater familias*, et y rester jusqu'à la mort de celui-ci. Le fils qui se sépare de son père devient totalement étranger à la famille qu'il a quittée; et de quelque manière qu'il en soit sorti, les enfants qu'il a laissés dans cette famille ne retombent jamais sous sa puissance [188], sauf l'exception accordée par Justinien aux dignitaires.

Dans l'ancien droit, les flamines et les vestales se trouvaient également libérés de la puissance paternelle sans être *capite minuti* (5), et, par conséquent, sans changer de famille [233, 239].

§ VI.

197. La simple volonté du père ne dissout pas sa puissance; il faut pour cela un acte solennel (6).

La loi des Douze Tables n'indiquait aucun moyen direct par lequel le père de famille pourrait dissoudre ou transférer sa puissance; elle lui reconnaissait seulement le droit de vendre ses enfants; et, comme si elle eût voulu limiter l'exercice d'un semblable droit ou en punir l'abus, la loi déclarait que les enfants vendus un certain nombre de fois seraient par cela même libérés de la puissance paternelle: *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto* (7). C'est en profitant de cette disposition, comme d'un moyen indirect, qu'on est parvenu à dissoudre la puissance paternelle. A cette fin, le père de famille

(1) *Text. hic: Gaius*, 1 *inst.*; 130; *Ulp.* 10 *reg.* 5. — (2) *C.* 5, *de consul.* — (3) *Nov.* 81, *cap.* 1 *et* 2. — (4) *Nov.* 81, *cap.* 2. — (5) *Gaius*, 3 *inst.* 114. — (6) *Diocl. et Max. C.* 3, *de emancip. lib.* — (7) *Tab.* 4.

aliénait fictivement ses enfants par une vente solennelle qui se nomme mancipation, et l'acheteur les rendait *sui juris* en les affranchissant. Une seule mancipation et un seul affranchissement suffisaient à l'égard des filles et des petits-enfants ; quant au fils, il ne pouvait, aux termes de la loi, être *liber a patre*, c'est-à-dire *sui juris*, qu'autant qu'il aurait été vendu trois fois. Aussi lorsqu'il avait été mancipé, et ensuite affranchi par l'acheteur, retombait-il sous la puissance du père vendeur. Il y retombait de nouveau encore après une seconde mancipation et une seconde manumission ; mais lorsqu'il était mancipé, et ensuite affranchi pour la troisième fois, il devenait enfin *sui juris*, parce qu'il ne pouvait plus retomber sous la puissance que son père avait épuisée.

Telle est la forme à laquelle Justinien se réfère en disant que d'après l'ancienne loi, c'est-à-dire la loi des Douze Tables, l'émancipation se faisait par des ventes fictives (*per imaginarias venditiones*), et par des affranchissements intermédiaires (*intercedentes manumissiones*).

198. Pour comprendre ces différentes solennités, il faut observer que les enfants mancipés par le père de famille ne passaient point sous la puissance proprement dite de l'acheteur. La mancipation les mettait momentanément *servorum loco*, et l'acheteur les avait alors *in mancipio* [208], c'est-à-dire qu'il acquérait sur eux un droit transitoire, semblable au droit que donne la puissance dominicale, et susceptible de se dissoudre comme elle par la manumission ([1]), aussi, se hâtait-il d'affranchir, pour les rendre *sui juris*. les personnes qu'on lui avait mancipées dans ce but ([2]). On voit par là que la mancipation intervenait pour dénaturer la puissance paternelle, et pour que l'acheteur eût *in mancipio* les personnes que le vendeur avait *in potestate;* en un mot, pour substituer à un droit indissoluble un droit facile à dissoudre, et précisément pour avoir la faculté de le dissoudre par manumission [208].

199. Pour être mancipés dans la forme précédente et ensuite affranchis devant le magistrat, les fils de famille devaient se trouver présents ([3]) ; mais Anastase ([4]) permit de les rendre *sui juris* même en leur absence. Il suffit pour cela que le père, après avoir obtenu un rescrit du prince, présente et dépose ce

([1]) *Gaius*, 1 *inst.* 118 *et* 123. — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 138 *et* 141. — ([3]) *Gaius*, 1 *inst.* 121 ; *Ulp.* 19, *reg.* 6. — ([4]) *C.* 5, *de emancip. lib.*

rescrit devant le magistrat compétent. Dans ce cas, l'émancipation s'opère *ex imperiali rescripto*, comme si les personnes émancipées avaient été réellement mancipées et affranchies *quasi ex emancipatione manumissæ liberentur*.

200. Justinien [1], pour plus de simplicité, supprime totalement les formalités de la mancipation (*fictione pristina explosa*), et permet au père de se présenter avec, ou même sans autorisation du prince (*recta via*), devant le magistrat compétent, pour s'y démettre de sa puissance. Dans cette nouvelle forme, l'émancipation n'est plus qu'une déclaration par suite de laquelle un fils de famille devient *sui juris*; mais, chose remarquable, cette émancipation conserve tous les effets qu'elle tenait de son ancienne forme, Justinien n'ayant rejeté que les solennités extérieures (*vana tantummodo observatione sublata*).

L'émancipé est donc toujours considéré comme un affranchi, et réciproquement l'ascendant émancipateur a tous les droits d'un véritable patron [2]. Cependant la fiction qui assimile l'émancipateur à un patron n'est pas une conséquence directe de la mancipation des enfants par le père et de leur affranchissement par un étranger. Régulièrement, c'est par l'acheteur qu'ils étaient affranchis, et c'est à ce dernier qu'appartenaient le titre et les droits de patron [3]; mais souvent, au lieu de faire lui-même le dernier affranchissement, l'acheteur rémancipait l'enfant à son père; par suite de cette rémancipation, le père de famille qui n'avait plus la puissance paternelle acquérait les droits de l'acheteur. Il avait donc ses propres enfants *in mancipio*, et c'est en les affranchissant lui-même qu'il devenait leur patron. Pour arriver à ce résultat, il fallait convenir que l'acheteur, au lieu d'user des droits que lui conférait la mancipation, les rétrocéderait au vendeur, et tel était l'objet d'une clause expresse que l'on ajoutait, rétrocession qui n'entre pas dans la nature de la mancipation, qui alors était faite *contracta fiducia*. D'après la constitution de Justinien, la fiducie est toujours sous-entendue : *ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri* [4].

201. Il n'est pas inutile d'observer qu'en cas d'ingrati-

[1] *C. 6, eod.* — [2] *Text. hic; pr. de legit. parent. tut.*, § 8, *de legit. agnat. succes.* — [3] *Gaius*, 1 *inst.* 166; *Ulp.* 11, *reg.* 5; *v.* § 3, *de bon. possess.* — [4] § 8, *de legit. agnat. succ.*; *d. C.* 6, *de emancip. lib.*

tude des émancipés, les princes chrétiens ([1]) ont permis de les priver du bénéfice de l'émancipation, et de les faire rentrer comme les affranchis [70] sous la puissance dont ils avaient été libérés.

§ VIII.

202. L'adoption proprement dite, en transférant une personne *alieni juris* dans une autre famille, enlève au père naturel le droit qu'elle confère à l'adoptant (*a*); aussi pour l'adoption, comme pour l'émancipation, fallait-il d'abord épuiser la puissance paternelle par une ou par trois mancipations, suivant le sexe ou le degré de la personne adoptée. Les fils de famille ainsi mancipés n'appartenaient plus à leur famille primitive, mais ils n'étaient pas encore sous la puissance paternelle de l'acheteur, qui les avait seulement *in mancipio*. Pour les avoir *in potestate*, comme fils de famille, ce dernier devait les rémanciper à leur père, et ensuite les revendiquer devant le préteur en présence et sans contradiction du père ([2]) : en d'autres termes, il fallait recourir à la *cessio in jure*, manière d'acquérir dont nous parlerons plus loin [450].

203. Nous trouvons dans le texte plusieurs vestiges de cette ancienne forme, simplifiée par Justinien. Ici, comme précédemment [200], la mancipation n'existe plus ; toutefois les parties comparaissent devant le magistrat compétent, comme elles comparaissaient autrefois pour la *cessio in jure*, et l'adoption a lieu en présence de l'adopté (*præsente eo qui adoptatur*), par cette raison, sans doute, que la revendication, qui forme la base de la *cessio in jure*, suppose la présence des meubles ou des personnes revendiquées ([3]). Ajoutons que l'adoption et l'émancipation, d'après une règle qui leur est demeurée commune, ne s'opèrent jamais malgré le fils de famille ([4]). Cependant on n'exige pas un consentement formel ; il suffit que l'adopté présent (*præsente.... et non contradicente*) n'exprime point son opposition ([5]).

([1]) *Constant. fragm. vatic.* § 248 ; *Valent. C.* 1, *de ingrat. lib.* — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 134. — ([3]) *Gaius*, 4 *inst.* 16. — ([4]) *Paul.* 2 *sent.* 25, § *ult.* — ([5]) *Anast. C.* 5, *de emancip. lib.*

(*a*) Ce double effet de l'adoption proprement dite est subordonné, sous Justinien, à la distinction précédemment établie (171). En effet, notre texte suppose un fils de famille adopté par son aïeul ou bisaïeul (*avo vel proavo naturali*), comme précédemment (§ 8 *de adopt.*) on a supposé que l'adopté est un descendant de l'adoptant (*non extraneum*).

§ VII.

204. Du reste, rien ne gêne la volonté du père de famille à l'égard de ses enfants : il les affranchit ou les retient en sa puissance comme bon lui semble, et l'aïeul lui-même n'est jamais obligé de consulter le père des petits-enfants qu'il émancipe, ou qu'il donne en adoption ([1]).

§ IX.

205. S'il est vrai que le père de famille n'est point forcé d'émanciper les enfants naturels ou adoptifs qu'il a sous sa puissance, cette règle générale (*ullo pene modo*) admet cependant plusieurs exceptions : 1° l'impubère adrogé peut, lorsqu'il est parvenu à l'âge de puberté, démontrer que l'adrogation ne lui est pas avantageuse, et obtenir son émancipation (*a*) ; 2° le père est également forcé d'émanciper ses enfants lorsqu'il les a maltraités ([2]) ou lorsque l'émancipation forme la condition d'une institution d'héritier, d'un legs ou d'un fidéicommis par lui accepté ([3]) : dans le Bas-Empire, le père ou le maître qui prostitue, malgré elle, sa fille ou son esclave, perd de plein droit la puissance dont il se montre indigne ([4]).

L'état des enfants relativement à la famille paternelle se détermine d'après l'époque de leur conception. Si la femme d'un fils de famille se trouve enceinte à l'époque où son mari est émancipé ou donné en adoption, l'enfant naîtra membre de la famille dans laquelle il a été conçu, c'est-à-dire de la famille de son aïeul. Les seuls enfants qui puissent appartenir, soit à la famille de leur père émancipé, soit à la famille adoptive dans laquelle il est entré, sont ceux dont la conception serait postérieure à l'émancipation ou à l'adoption de leur père ([5]).

([1]) *Text. hic*; § 7, *de adopt.* — ([2]) *Pap. fr.* 5, *si a parent. quis.* — ([3]) *Ulp. fr.* 92, *de condit. et dem.*; *Tryph. fr.* 16, § 2, *de curat. fur.* — ([4]) *Theod. et Valent. C.* 6, *de spectac. et scen.* — ([5]) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 7, § 1, *de senator.*

(*a*) *Pap. et Marcian. fr.* 32 *et* 33, *de adopt.* Ne confondez pas cette émancipation forcée de l'adrogé qui était impubère à l'époque de l'adrogation avec la *restitutio in integrum* qu'un mineur de vingt-cinq ans obtiendrait contre l'adrogation, si elle lésait ses intérêts (*Ulp. fr.* 3, § 6, *de min.* 25 *ann.*).

APPENDICE

A LA DIVISION DES PERSONNES SUI ET ALIENI JURIS.

206. Indépendamment des fils de famille et des esclaves qui étaient *in potestate*, il existait, en droit romain, deux autres classes de personnes *alieni juris*. Les unes étaient *in manu*, les autres *in mancipio* ([1]).

Les femmes seules pouvaient se trouver *in manu;* elles tombaient *in manu mariti* dans trois circonstances différentes, savoir :

1° Usu : lorsqu'une femme avait passé une année entière chez son mari, elle lui était acquise par une sorte d'usucapion, si elle n'en avait pas interrompu le cours en s'abstenant chaque année pendant trois nuits ([2]).

2° Farreo ou *confarreatione*, c'est-à-dire par un sacrifice solennel dans lequel on employait un gâteau de farine, et qui ne plaçait la femme *in manu mariti* que *quoad sacra tantum*. Sous tout autre rapport, elle était considérée comme n'étant point *in manu*. Du reste, la confarréation assurait aux enfants un privilége important, en les rendant admissibles à certaines dignités sacerdotales ([3]).

3° Coemptione, par une vente fictive qui s'opérait par la mancipation [530]. La femme pouvait faire la coemption, soit *matrimonii causa*, pour se placer comme précédemment *in manu mariti*, soit *fiduciæ causa*, dans tout autre but, notamment pour changer de famille, et par suite de tuteurs légitimes, ou jusque sous le règne d'Adrien, pour acquérir le droit de tester ([4]).

Ce que nous avons dit de l'*usus* était tombé en désuétude au temps de Gaïus; mais la confarréation et la coemption étaient encore usitées au temps d'Ulpien ([5]).

207. On voit par ce qui précède, que la femme passait, en certains cas, *in manu*, et par suite dans la famille du mari où elle était considérée comme fille de ce dernier, et par suite comme sœur consanguine de ses propres enfants ([6]) ; mais souvent aussi elle ne passait pas *in manu mariti*. A défaut de con-

([1]) *Gaius*, 1 *inst.* 49. — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 111. — ([3]) *Gaius*, 1 *inst.* 112, 136 ; V. *Tacit.* 4 *Annal.* 16. — ([4]) *Gaius*, 1 *inst.* 113, 114 et 115. — ([5]) *Gaius*, 1 *inst.* 111 et 112; *Ulp.* 9 *reg.* 1. — ([6]) *Gaius*, 3 *inst.* 24 ; V. *Ulp.* 26, *reg.* 7.



farréation ou de coemption, elle n'y passait jamais pendant la première année du mariage; elle n'y passait même pas dans les années subséquentes lorsque l'*usus* avait été interrompu [206]. Cependant le mariage n'en subsistait pas moins. En effet, Cicéron ([1]) distingue deux sortes d'épouses : *genus est enim uxor, ejus duæ formæ : una matrum familiarum; hæ sunt quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantummodo uxores habentur.* La puissance, que le mari peut avoir ou ne pas avoir sur son épouse, n'est donc pas une conséquence nécessaire des noces, et il faut éviter de dire, comme on le dit trop souvent, qu'on se mariait à Rome de trois manières, *usu*, *farreo*, *coemptione;* car s'il existait trois moyens de faire que la femme fût *in manu*, on ne se mariait ni *per usum*, ni *per confarreationem*, ni *per coemptionem*. Le *matrimonium* ou les noces se contractaient toujours par le seul consentement des parties [110].

208. Les fils de famille de l'un ou de l'autre sexe, et les femmes qui étaient *in manu*, pouvaient être mancipées, dans la même forme que les esclaves, et alors ils étaient *in mancipio* ou *in causa mancipii*. Dans cette position, ils étaient *servorum loco* à l'égard de l'acheteur qui pouvait les affranchir comme de véritables esclaves, sauf cette différence que l'affranchissement était souvent forcé. Aussi l'acheteur ne gardait-il pas longtemps ([2]) le *mancipium;* ordinairement même, il ne l'acquérait que pour un instant, afin de rendre *sui juris*, en les affranchissant, ceux qu'on lui avait mancipés [198].

([1]) *Topic.* 3. — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 117, 118, 123, 138, 140 *et* 141.

TITRE XIII.

DES TUTELLES.

Passons maintenant à une autre division des personnes; car, parmi celles qui ne sont pas en puissance, plusieurs sont en tutelle ou en curatelle; plusieurs sont hors de l'une et de l'autre. Occupons-nous donc des premières; par là, en effet, nous connaîtrons les personnes qui ne sont ni en

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum; nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel curatione sunt : ita enim intelligemus

ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

1. Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

2. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur qui ædes tuentur.

3. Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare; et hoc in filios filiasque procedit omnimodo. Nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint : scilicet, quia mortuo te in potestatem patris sui recasuri sunt.

4. Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse : si

tutelle, ni en curatelle. Traitons d'abord des personnes soumises à la tutelle.

1. La tutelle (comme l'a définie Servius) est un pouvoir sur une tête libre, donné et autorisé par le droit civil pour protéger celui qui, à raison de son âge, ne peut se défendre lui-même.

2. Sont tuteurs ceux qui ont ce pouvoir, et ce nom leur vient de la chose même. En effet, on les nomme tuteurs, c'est-à-dire protecteurs et défenseurs, comme on appelle *æditui* ceux qui veillent à la conservation des édifices.

3. On a permis aux ascendants de donner par testament des tuteurs aux enfants impubères qu'ils ont sous leur puissance. Cette règle s'applique aux fils et filles, dans tous les cas ; quant aux petits-fils et petites-filles, l'aïeul ne peut leur donner des tuteurs par testament que dans le cas où ils ne doivent pas, après sa mort, retomber sous la puissance de leur père. Si donc votre fils se trouve à votre décès sous votre puissance, ses enfants, quoique soumis aussi à votre puissance, ne pourront recevoir aucun tuteur par votre testament, et cela parce qu'à votre mort ils retomberont sous la puissance de leur père.

4. Les posthumes étant, sous plusieurs autres rapports, considérés comme déjà nés, il a été pareillement admis qu'on pourrait leur donner des tuteurs par testament, comme aux enfants

déjà nés, pourvu toutefois qu'en les supposant nés pendant la vie du père de famille, ils se fussent trouvés siens et sous sa puissance.

5. Le tuteur qu'un père donne par testament à son fils émancipé doit être confirmé par sentence du président, dans tous les cas, c'est-à-dire sans enquête.

modo in ea causa sint ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent.

5. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

EXPLICATION.

PR.

209. Nous ne passons pas ici, comme le texte paraît le dire, à une division nouvelle, mais seulement à une subdivision des personnes *sui juris*. Après avoir vu comment les fils de famille sortent de la puissance paternelle, on s'occupe des personnes qui sont chefs de famille ou *sui juris*, et on les subdivise en trois classes : quelques unes sont en tutelle, d'autres en curatelle, tandis que d'autres, enfin, n'ont ni tuteur ni curateur.

C'est à raison de l'âge, *propter ætatem*, que certains pères de famille sont soumis à la tutelle, c'est-à-dire à un pouvoir protecteur (1) qui dure jusqu'à la puberté ; et tant qu'elles sont impubères, les personnes *sui juris* prennent le titre de pupilles (2), titre qui, avant la naissance, ne s'applique jamais à l'enfant conçu (3).

§§ I et II.

210. Le pupille, à raison de la faiblesse de son âge, est rarement capable d'agir, plus rarement encore de discerner le mérite et l'utilité de ses propres actes. Il est donc nécessaire qu'il soit dirigé par un autre. Tel est le but général de la tutelle (4). Si l'on en croyait Heineccius (5), ces deux mots de notre texte, VIS et POTESTAS, indiqueraient ici le double pouvoir confié au tuteur, soit d'agir seul et par lui-même, soit de va-

(1) § 2, *h. t.* — (2) *Pomp. fr.* 239, *de verb. sign.* — (3) *Ulp. fr.* 161, *eod.* — (4) § 9, *de atil. tut.* — (5) *Elem. jur.* 203.

lider par son autorisation certains actes du pupille, qui, sans cela, resteraient inutiles (1). Mais il est plus vraisemblable qu'ici comme dans plusieurs autres textes (2), l'emploi des deux mots *vis* et *potestas* n'est réellement qu'une redondance.

La tutelle existe sur une tête libre (*in capite libero*), en ce sens que le pupille est libéré de la puissance paternelle ; car les fils de famille n'ont pas de tuteur.

211. La tutelle, n'étant donnée que pour défendre et protéger le pupille (*ad tuendum*) est toute en faveur de ce dernier ; en cela elle diffère de la puissance paternelle qui ne laisse au fils de famille aucune propriété particulière, et fait de sa personne même la chose du père. Le pupille placé sous la direction d'un tuteur n'en reste pas moins *sui juris*, et ses acquisitions ne profitent qu'à lui seul.

La tutelle ne peut être donnée que par la loi, ou du moins avec sa permission (*jure civili data ac permissa*). De là, d'après la loi des Douze Tables, deux espèces de tutelles, l'une appelée testamentaire et l'autre légitime, parce que la première est déférée par testament avec la permission de la loi, et l'autre par la loi même. A ces deux tutelles s'en est ensuite jointe une troisième, que certains magistrats donnent d'après les dispositions d'une loi postérieure. Les tuteurs nommés par les magistrats se nomment tuteurs atiliens (titre 20), et vulgairement tuteurs datifs, quoique les textes donnent ce dernier nom aux tuteurs testamentaires (3).

§ III.

212. D'après la loi des Douze Tables, le testament du père de famille fait loi relativement aux biens qu'il laisse, et relativement à la tutelle de sa chose, c'est-à-dire à la tutelle des enfants soumis à sa puissance (*a*). Cette faculté de donner un tuteur à certaines personnes suppose nécessairement qu'elles seront en tutelle : or les fils de famille n'y seront que lorsqu'ils seront devenus *sui juris*. Aussi en est-il de la nomination d'un tuteur comme de toute autre disposition faite par testament ; elle ne produit son effet qu'après la mort du testateur (4). Alors

(1) *Pr., de auct. tu.* — (2) § 3, *de interd.; Cels. fr.* 17, *de legib.* — (3) *Gaius*, 1 *inst.* 154 ; *Ulp.* 11, *reg.* 14. — (4) *Modest. fr.* 1, *qui test. fac.*

(*a*) UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO (*Ulp.* 11 *reg.* 14).

les fils et les filles du défunt deviennent tous *sui juris*, et ceux qui n'ont point encore l'âge de puberté sont pupilles, et par conséquent en tutelle. Il en est de même pour tous les autres impubères que le décès du testateur rend *sui juris*. Pour savoir si l'aïeul peut, dans son testament, donner un tuteur aux petits enfants qu'il a sous sa puissance, il faut donc, en appliquant ici une distinction précédente [188], examiner s'ils doivent ou non retomber sous la puissance de leur père.

§ IV.

213. Ce qu'on vient de dire sur les enfants nés ne s'applique pas directement aux posthumes, c'est-à-dire aux enfants qui naissent après la confection du testament [567]. On peut aussi leur donner un tuteur testamentaire, mais par ce motif spécial, qu'ici comme dans plusieurs autres circonstances, les posthumes sont considérés comme déjà nés, *pro jam natis habentur*.

Leur état dans la famille paternelle est déterminé dès l'instant de la conception [205]. Il paraîtrait donc tout simple de leur donner un tuteur, sans recourir à une fiction, qui ne fait pas commencer la tutelle un instant plus tôt, car il n'y a pas de pupille dans le sein maternel (¹). Remarquons toutefois qu'il s'agit de la tutelle donnée par testament, et qu'il importe d'examiner si les dispositions testamentaires peuvent concerner un posthume. On décidait d'abord négativement, parce que les posthumes étaient des personnes incertaines (²) ; mais on a cru devoir considérer les enfants conçus comme déjà nés, et cela sous plusieurs rapports (*in compluribus... causis*), afin que le père de famille pût les instituer ou les déshériter [568]. La même fiction lui permet aussi de donner un tuteur à certains posthumes, à ceux que l'on suppose nés *vivis parentibus*, et qui, dans cette supposition, se trouveraient sous la puissance du testateur (*in potestate eorum*). On les appelle posthumes siens par opposition aux posthumes externes, qui, en les supposant nés, ne se trouveraient pas sous la puissance du testateur, et auxquels ne s'applique pas la même fiction (³).

(¹) *Ulp. fr.* 161, *de verb. signif.* — (²) §§ 25, 26 *et* 27, *de legat.* — (³) §§ 26 *et* 28, *de legat.*; *pr.*, *de bon. possess.*; *Gaius*, 1 *inst.* 147.

§ V.

214. De ce qui précède résulte cette règle générale, que le tuteur testamentaire ne peut être donné qu'aux enfants existant sous la puissance du testateur à l'époque de sa mort, ou à ceux qui s'y seraient trouvés, si celui-ci avait vécu plus longtemps (1). La nomination d'un tuteur aux enfants émancipés n'est donc pas valable. Cependant elle sera confirmée par le magistrat, et cela nécessairement, sans examen (*sine inquisitione*). Cette confirmation même prouve l'insuffisance de la nomination faite par le testateur; car les tuteurs qu'il a droit de nommer n'ont pas besoin d'être confirmés. Aussi le tuteur donné aux enfants émancipés n'est-il point encore tuteur; seulement, comme le père est toujours présumé connaître mieux que personne l'intérêt de ses enfants, le tuteur par lui désigné reçoit du magistrat le titre et les droits que le testateur a désirés, mais n'a pu lui conférer. Le choix du père est donc en pareil cas une indication plutôt qu'une nomination; et la tutelle, considérée comme dative plutôt que comme testamentaire (2), n'est réellement déférée que par la confirmation (3).

215. Outre l'ascendant émancipateur, le père naturel, la mère, le patron et même les étrangers, peuvent aussi désigner un tuteur par testament, mais leur choix n'est confirmé par le magistrat que dans le cas où, en instituant le pupille héritier, ils lui ont ainsi donné la preuve d'une affection sincère (4); et, dans ce cas même, le magistrat ne confirme qu'en connaissance de cause et après enquête. Au surplus, cette faculté de confirmer un tuteur appartient au magistrat dans tous les cas où la nomination faite par le testateur n'est pas valable, soit à raison de sa forme, soit à raison des personnes par qui ou à qui le tuteur a été nommé (5).

(1) *Scævol. fr.* 73, § 1, *de reg. jur.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 1, *de testam. tut.* — (3) *Alex. C.* 2, *de confirm. tut.* — (4) *Paul. fr.* 4; *Modest. fr.* 1, § 1, *de confirm. tut.*; *fr.* 4, *de testam. tut.*; *Anton. C.* 2, *de testam. tut.* — (5) *Modest. fr.* 1, §§ 1 *et* 2, *de confirm. tut.*

TITULUS XIV.	TITRE XIV.
QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.	QUELS TUTEURS ON PEUT DONNER PAR TESTAMENT.
Dari autem potest tutor	Peuvent être nommés tuteurs

par testament, non seulement les pères de famille, mais aussi les fils de famille.

1. On peut même par testament nommer pour tuteur son propre esclave, en lui donnant la liberté; on saura même qu'en le nommant tuteur sans l'affranchir, on est censé lui donner tacitement la liberté directe, ce qui régularise sa tutelle. Toutefois, lorsque c'est par erreur et comme personne libre qu'il a été nommé tuteur, on décide autrement. Quant à l'esclave d'autrui, sa nomination par testament est inutile, lorsqu'elle est pure et simple; mais avec cette condition, *lorsqu'il sera libre*, la nomination est valable. Le testateur qui nomme son propre esclave de la même manière, le nomme inutilement.

2. Le fou et le mineur de vingt-cinq ans, nommés tuteurs par testament, seront tuteurs quand ils seront, le premier sain d'esprit, le second majeur de vingt-cinq ans.

3. On peut nommer les tuteurs pour un temps, ou à partir d'un temps déterminé, ou sous condition, ou avant l'institution d'héritier. Cela ne fait aucun doute.

4. On ne peut donner un tuteur pour une chose ou pour une affaire déterminée, parce que c'est à la personne, et non aux choses ou aux affaires que le tuteur est donné.

5. Celui qui donne des tuteurs à ses filles ou fils, est censé les

non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

1. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est eum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor; sed ita CUM LIBER ERIT, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

2. Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus tutor erit, cum compos mentis aut major viginti quinque annis factus fuerit.

3. Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem non dubitatur.

4. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ non causæ vel rei datur.

5. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam

postumæ vel postumo dedisse videtur; quia filii vel filiæ appellatione postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt? Dicendum est ut ipsis quoque dati videantur, si modo LIBEROS dixit : ceterum si FILIOS, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane, si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.

donner aussi à la fille ou au fils posthume, parce que le mot fils ou fille comprend aussi le fils ou la fille posthume. Mais lorsqu'il y a des petits-fils, la tutelle donnée sur les fils s'étend-elle pareillement aux petits-fils? Oui, lorsqu'on dit les *enfants*; mais lorsqu'on dit les *fils*, les petits-fils n'y sont pas compris. Car *filii* (fils) et *nepotes* (petits-fils) sont des expressions distinctes. Toutefois le tuteur donné aux *posthumes* sera donné à tous les enfans posthumes, fils ou petits-fils.

EXPLICATION.

216. On a pu remarquer dans le titre précédent [212], que pour savoir à qui et par qui peuvent être donnés les tuteurs testamentaires, il faut quelquefois remonter aux principes qui régissent les testaments. L'influence de ces mêmes principes est plus directe encore sur le choix du tuteur, et sur la manière dont sa nomination peut être modifiée; sous ce rapport, il existe pour la tutelle testamentaire des règles qui ne s'appliquent point aux autres tutelles.

Peuvent être nommés tuteurs par testament, ceux avec qui le testateur a *factio testamenti* (1), c'est-à-dire ceux en faveur de qui ce dernier peut disposer par institution d'héritier ou par legs [718]. Il faut de plus que la personne désignée soit capable de remplir les charges publiques, au nombre desquelles on compte la tutelle (2). Aussi les femmes ne sont-elles pas admissibles aux fonctions de tuteur, à moins que, par une concession spéciale, le prince n'accorde à la mère la tutelle de ses enfants (3).

PR.

217. La faction de testament existe avec les fils de fa-

(1) *Paul. fr.* 21, *de test. tut.*; V. *Ulp.* 11 *reg.* 16. — (2) *Pr., de excus.* — (3) *Nerat. fr.* 18, *de tutel.*

mille (1); ces derniers sont d'ailleurs capables de remplir les charges publiques, et sous ce rapport même on les considère comme *sui juris* (2). Ils sont donc, ainsi que les pères de famille, susceptibles d'être nommés tuteurs, soit par un particulier dans son testament, soit par les magistrats (3). Soumis à la puissance paternelle, un fils de famille est incapable d'avoir cette même puissance sur aucune autre personne, mais rien n'empêche de lui confier une autorité différente, comme celle du tuteur sur le pupille [210].

§ I.

218. Un esclave n'est pas admissible aux charges publiques, ni par conséquent aux fonctions de tuteur (4); cependant, comme on peut dans le même testament affranchir un esclave et nommer un tuteur, rien n'empêche le testateur de déférer la tutelle à son propre esclave *cum libertate*, c'est-à-dire en lui conférant la liberté.

Il n'est pas même nécessaire de l'affranchir expressément; en le nommant tuteur, son maître manifeste tacitement la volonté de l'affranchir, et cette volonté suffit, sous Justinien [89], pour donner à l'esclave la liberté directe, c'est-à-dire pour le rendre libre en vertu du testament même, sans aucune autre manumission (a). Il en serait autrement si le testateur donnait la tutelle à un esclave qu'il croyait libre; car il n'aurait pas, dans ce cas, l'intention d'affranchir un homme qu'il ne savait pas être esclave.

219. Quant à l'esclave d'autrui, la tutelle ne peut lui être déférée purement et simplement, parce que le testament d'un étranger ne saurait lui conférer la liberté; on ne peut donc lui

(1) § 4, *de her. qualit.* — (2) *Pomp. fr.* 9, *de his qui sui.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 7, *de tutel.* — (4) *Diocl. et Max. C.* 7, *qui dar. tut.*

(a) § 2, *de sing. reb.* Antérieurement, cette volonté tacite n'avait pas l'effet d'un affranchissement direct; il n'en résultait qu'un fidéicommis qui obligeait les héritiers d'affranchir l'esclave (*Valerian. et Gall. C.* 9, *de fideicom. libert.*). D'après une réponse de Paul (*fr.* 32, § 2, *de test. tut.*), il suffirait de donner la tutelle à son esclave pour lui donner en même temps la liberté directe; mais sans prétendre que le texte de Paul a été altéré, on peut croire, d'après Justinien lui-même (*pr. de hered. inst.*), que Paul adoptait la décision d'Atilicinus, décision préférée depuis, par Justinien, à l'opinion générale que Valérien et Gallien suivent dans leur constitution.

donner la tutelle que conditionnellement pour le cas où il deviendrait libre (*cum liber erit*). Lorsque le testateur a connu l'incapacité actuelle du tuteur par lui nommé, on présume qu'il a disposé pour le temps où sa volonté pourra produire son effet, c'est-à-dire, à l'égard de l'esclave d'autrui, *cum liber erit;* et cette condition se sous-entend, à moins que les circonstances ne prouvent une volonté contraire ([1]). Bien plus, on suppose au testateur l'intention de donner à l'esclave d'autrui la liberté telle qu'il peut la lui donner, c'est-à-dire la liberté fidéicommissaire ([2]), ce qui revient à dire que l'héritier sera chargé d'affranchir cet esclave aussitôt qu'il pourra l'acquérir [799].

220. Si le testateur nomme son propre esclave (*cum liber erit*) pour le cas où celui-ci deviendra libre, la nomination est nulle ([3]); car une semblable condition indique assez que la manumission n'est plus dans l'esprit du testateur une conséquence nécessaire de la tutelle qu'il donne. On ne peut donc lui supposer l'intention tacite d'affranchir.

§ II.

221. Ce qu'on a dit des esclaves s'applique aux autres personnes dont l'incapacité peut cesser, par exemple aux fous, aux mineurs de vingt-cinq ans. Le testateur est censé les avoir nommés, soit pour le cas où ils recouvreront la raison, soit pour le temps où ils atteindront l'âge requis ([4]). Dans l'intervalle, le magistrat donne un autre tuteur ([5]).

§ III.

222. D'après le principe établi par la loi des Douze Tables, *uti legassit ita jus esto*, le testateur peut, en général, modifier ses dispositions, soit en fixant une époque à laquelle cessera (*ad certum tempus*) ou commencera (*ex certo tempore*) leur effet, soit en les subordonnant (*sub conditione*) à une condition, c'est-à-dire à un événement incertain [597]. La tutelle déférée par le père de famille, étant une disposition testamentaire, peut être donnée à terme ou sous condition ([6]), ainsi qu'on l'a déjà

([1]) *Valerian. et Gall. C. 9, de fideic. libert.* — ([2]) *Ulp. fr. 10, § 4, de testam. tut.; Valerian. et Gall. d. C. 9, de fideic. libert.* — ([3]) *Text. in fin.* — ([4]) *Text. hic; Paul. fr. 11, de tutel.; Ulp. fr. 10, § 3, de testam. tut.* — ([5]) *§ 1, de attil. tut.* — ([6]) *Text. hic; Ulp. fr. 8, § 2, de testam. tut.*

vu relativement à l'esclave d'autrui, relativement aux fous et aux mineurs de vingt-cinq ans, qui sont nommés ou réputés nommés pour l'époque où ils auront cessé d'être incapables [219, 221].

223. La nomination du tuteur testamentaire peut précéder l'institution d'héritier (*ante heredis institutionem*). Cette institution forme la base de tout le testament qui, sans elle, n'existerait pas; de là vient que tout legs écrit avant l'institution d'héritier, restait nul. Cette rigueur, abolie par Justinien [734], ne s'appliquait point à la nomination d'un tuteur, du moins dans l'opinion des Proculéiens (1).

§ IV.

224. Les soins du tuteur s'étendent à la fortune et aux biens du pupille, mais seulement par suite de la protection qu'il doit au pupille même; car la tutelle, essentiellement différente à cet égard de la curatelle [284], ne se donne pas aux biens, mais à la personne (*personæ non rei vel causæ tutor datur*), et l'unité de la personne rend la tutelle indivisible. Aussi ne peut-on la restreindre à une chose, à une affaire déterminée, ou en excepter, soit une chose, soit une affaire quelconque : autrement la nomination serait totalement nulle, *tota datio nihil valebit* (2). On peut cependant nommer un tuteur pour tout le patrimoine d'une province (3), lorsque les biens du pupille sont disséminés en différents pays [292].

225. De ce que le tuteur est donné à la personne, il n'en résulte pas que le pupille soit remis au tuteur et confié à sa garde. C'est le magistrat qui, d'après les circonstances et pour la plus grande sûreté de l'impubère, décide chez qui ce dernier habitera, par qui et de quelle manière il sera nourri, élevé et instruit, le tuteur restant alors chargé de payer la dépense [325]. Ce n'est donc pas à la personne physique, mais plutôt à la personne civile que le tuteur est donné, pour suppléer à l'incapacité du pupille, pour le diriger dans les obligations, les aliénations qu'il consent, et autres actes semblables (4).

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 231. — (2) *Pomp. fr.* 13, *de testam. tut.* — (3) *Ulp. fr.* 15, *eod.* — (4) *Pr. et* § 1, *de auct. tutor.*; § 2, *quib. alien.*; § 9, *de inutil. stipul.*

§ V.

226. Il s'agit moins ici d'un principe invariable que d'une règle d'interprétation subordonnée aux circonstances qui expliquent souvent les expressions du testateur (¹).

(¹) V. *Paul. fr.* 69, *de rit. nupt.; fr.* 84, *de verb. signif.; Pomp. et Callistr. fr.* 122; *fr.* 200, *eod.; fr.* 14, *de sc. maced.; Ulp. fr.* 5, 6 *et* 16, *de test. tut.*

TITULUS XV.

DE LEGITIMA ADGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim Tabularum adgnâti sunt tutores, qui vocantur legitimi.

1. Sunt autem adgnati cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati : veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus et patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi adgnatus, sed cognatus, et invicem scilicet tu illi eodem jure conjungeris; quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.

2. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui

TITRE XV.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS.

Ceux qui n'ont pas de tuteur par testament sont, d'après la loi des Douze Tables, sous la tutelle de leurs agnats, qu'on appelle tuteurs légitimes.

1. Sont agnats les cognats unis par le sexe masculin, c'est-à-dire cognats par le père : tels sont pour moi, mon frère né du même père, son fils ou le fils de ce dernier, et pareillement mon oncle paternel, son fils et le fils de ce dernier. Les personnes unies par le sexe féminin ne sont point agnats, mais cognats, à cause du lien naturel qui les unit. Ainsi le fils de votre tante paternelle n'est point votre agnat, mais votre cognat, et réciproquement le même titre vous unit à lui; car les enfants appartiennent à la famille de leur père, et non pas à celle de leur mère.

2. Lorsque la loi des Douze Tables, qui défère la tutelle aux agnats, la leur défère ab intestat, elle ne s'occupe point du cas où celui qui peut donner des tuteurs

ne ferait aucun testament, mais du cas où il décéderait intestat quant à la tutelle; ce qui comprend aussi le cas où le tuteur nommé décéderait avant le testateur.

poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit : quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

3. Le droit d'agnation s'éteint ordinairement par toute *capitis deminutio* : car l'agnation est un lien civil. Le droit de cognation au contraire ne se perd point par toute *capitis deminutio* : en effet, la loi civile peut détruire les droits civils, mais il n'en est pas de même des droits naturels.

3. Sed adgnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione *plerumque* perimitur, nam adgnatio juris est nomen. Cognationis vero jus non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

EXPLICATION.

PR.

227. Après avoir autorisé le père de famille à régler par son testament la tutelle des héritiers siens, la loi des Douze Tables, prévoyant le cas où il mourrait intestat, défère la tutelle aux agnats; ou plus exactement, puisque les femmes, lors même qu'elles recueillent l'hérédité, ne sont jamais tutrices (1), aux agnats du sexe masculin et au plus proche d'entre eux lorsqu'ils sont parents du pupille à différents degrés (2). Il faut donc examiner ici dans quel cas le père de famille meurt intestat, et quels sont les agnats d'un pupille.

§ II.

228. On appelle, en général, intestat le défunt qui ne laisse point de testament ou dont le testament reste sans effet (3). Ici cette qualification d'intestat, prise dans un sens relatif (*quantum ad tutelam*), s'applique au défunt qui n'a pas donné la tutelle,

(1) *Pr., de legit. patron. tut.* — (2) § 7, *de capit. dem.* — (3) *Pr., de her. quæ ab intest.*

quand même il aurait disposé par testament sur d'autres points. Il est donc intestat, pour toute la tutelle, lorsqu'il n'a point nommé de tuteur, ou lorsque la nomination reste sans effet par le prédécès du tuteur nommé (1). Si ce dernier décède après le testateur, celui-ci se trouve encore intestat pour le temps qui reste à courir jusqu'à la puberté du pupille, et cette fin de tutelle appartient encore aux agnats (2).

229. Il en est autrement lorsque l'effet de la nomination testamentaire est suspendu jusqu'à l'événement d'un terme ou d'une condition : cet intervalle est rempli par la tutelle atilienne; parce que, tant qu'il y a possibilité d'avoir un tuteur testamentaire, on n'admet point de tuteur légitime (3). A cet égard il en est de la tutelle comme de l'hérédité. La loi des Douze Tables défère l'une et l'autre *ab intestat*, mais seulement lorsqu'il est devenu certain qu'il n'existera point de tuteur ou d'héritier testamentaire. C'est alors seulement, à proprement parler, que le défunt est reconnu intestat [811, 842].

§ I.

230. Sont agnats entre eux, dit Justinien, d'après Gaïus (4), les parents (*cognati*) qui tiennent l'un à l'autre par le sexe masculin, comme les enfants d'un même père ; chacun d'eux est agnat de ses frères et sœurs, des enfants de ses frères et des petits-enfants qui en descendent par mâles. Réciproquement, ces derniers ont pour agnats le frère paternel de leur père (*patruus*), les enfants de ce dernier, les petits-enfants qui descendent de lui par mâles, et ainsi de suite. A ces exemples on oppose celui des parents qui, tenant l'un à l'autre par un ou plusieurs ascendants du sexe féminin, ne sont point agnats ; ils sont seulement parents ou cognats (*cognati*), parce qu'ils descendent d'une souche commune, *quasi ex uno nati... quia commune nascendi initium habuerint* (5). A ce titre, les agnats sont également cognats ; mais leur commune origine offre un caractère particulier : elle est toute masculine ; ils sont cognats de père en père (*quasi a patre cognati*). Les agnats sont donc cognats entre eux, tandis que les cognats ne sont pas toujours agnats. La cognation ou parenté simple diffère de l'agnation comme le genre diffère de l'espèce (6).

(1) *Text. hic, in fin.* — (2) *Paul. fr.* 6, *de legit. tut.* — (3) *Ulp. fr.* 11, *de testam. tut.* — (4) 1 *inst.* 156 ; *fr.* 7, *de legit. tutor.* — (5) *Ulp. fr.* 1, § 1, *unde cogn.* — (6) *Paul.* 4 *sent.* 8, § 14 ; *fr.* 10, § 4, *de grad. et affin.*

Revenons à notre texte et aux exemples qu'il donne. *Amita* est la sœur paternelle de mon père, comme *patruus* est son frère paternel ([1]); l'un et l'autre sont agnats de mon père et de moi. L'agnation s'étend même aux enfants de mon oncle paternel (*patrui filius*), mais elle s'arrête à la sœur de mon père : son fils (*amitæ filius*) n'est pas mon agnat, et réciproquement je ne suis pas le sien. Cette distinction entre les enfants de mon oncle et ceux de ma tante, de ma sœur ou de toute autre parente, tient à ce que ces derniers n'appartiennent point à la famille de leur mère : *patris non matris familiam sequuntur.* S'ils étaient dans cette famille qui est la mienne, nous serions agnats. Il existe donc un rapport direct entre l'agnation et la famille ; pour mieux le saisir, complétons les notions précédemment exposées [100] sur le sens du mot *familia.*

231. Il existe deux espèces de famille ([2]), dont l'une, *domus*, moins étendue que l'autre, se compose de plusieurs personnes soumises à la puissance d'un seul chef, comme nous l'avons déjà vu [106]. Maintenant nous supposons ce chef décédé, et nous nous occupons des enfants que sa mort a rendus *sui juris.* Chacun d'eux est chef de maison ou père de famille, *singulas familias incipiunt habere.* Cependant toutes ces familles particulières ne forment encore qu'une seule famille, *tamen omnes recte ejusdem familiæ appellabuntur*, et cette famille générale n'est réellement que la famille primitive continuée entre les personnes qui *sub unius potestate fuerunt.* La mort du *paterfamilias* a relâché le lien de famille sans le rompre : ceux qui, sous la puissance du défunt, se trouvaient membres de la même famille dans l'acception la plus étroite du mot *familia*, ont encore un titre commun, le titre d'agnats, et la famille générale n'est, en effet, que la réunion des agnats. Dans ce sens, *communi jure*, dit Ulpien, *familiam dicimus omnium agnatorum.*

On voit par là que les enfants ne sont jamais agnats, ni de leur mère ni de leurs parents maternels ; précisément parce que *patris non matris familiam sequuntur* ([3]), et puisque la famille ne se continue que par les mâles, c'est uniquement dans leur descendance qu'il peut se trouver des agnats ; toutefois cette descendance, considérée comme cause de l'agnation, n'en est que la cause éloignée ; c'est l'unité de famille qui seule

([1]) § 3, *de grad. cognat.* — ([2]) *Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. sign.* — ([3]) *Text. hic, in fin.*

constitue l'agnation entre certains parents *qui familiam sequuntur*. En un mot, sont respectivement agnats les parents qui sont *ex eadem familia*, ([1]) ou *ejusdem familiæ* ([2]).

§ III.

232. Effectivement, les parents par mâles ne sont pas toujours agnats : l'agnation vient souvent à se dissoudre, et alors deux frères paternels sont toujours frères, toujours parents ou cognats ; mais, quoique fils et toujours fils du même père, ils cessent quelquefois d'être agnats. Ce titre n'est donc pas entre eux une conséquence nécessaire de leur commune origine ; mais cette origine produit une cognation ou parenté simple, qui ne se dissout pas aussi facilement que l'agnation, comme on le verra dans le titre suivant, et spécialement sur les § 3 et 6.

233. Puisque les agnats, ainsi qu'on vient de le voir, sont les membres d'une même famille, ils doivent perdre ce titre quand ils changent de famille ; en effet, *desinunt esse familia mutati* ([3]). En un mot, il y a CAPITIS DEMINUTIO pour telles ou telles personnes, *cum familiam mutaverint*, et, en général, *cum familia mutatur* ([4]). Ainsi, la CAPITIS DEMINUTIO, quel que soit le sens littéral du mot [240], produit un changement de famille qui rompt l'agnation ; mais cette notion ne suffit pas. Un citoyen romain peut, en quittant sa famille, conserver ou perdre sa place dans la cité ; dans ce dernier cas, il peut conserver ou perdre sa liberté. Aussi existe-t-il trois sortes de CAPITIS DEMINUTIO. Elle est complète, *maxima*, pour les citoyens qui perdent à la fois tous leurs droits de liberté, de cité, de famille ; moindre, *minor... media*, pour ceux qui perdent les droits de cité et de famille, en conservant la liberté; et enfin petite, *minima*, pour quiconque change simplement de famille, en restant libre et même citoyen ([5]).

([1]) *Ulp.* 11 *reg.* 4. — ([2]) *Paul. fr.* 10, § 2, *de grad. et affin.* — ([3]) *Paul. fr.* 7, *de capit. min.* — ([4]) *Paul. fr.* 3 *et* 11, *eod.* — ([5]) *Paul. d. fr.* 11, *eod.*

TITULUS XVI.	TITRE XVI.
DE CAPITIS DEMINUTIONE.	DE LA CAPITIS DEMINUTIO.
Est autem capitis deminu-	La *capitis deminutio* est un

changement d'état. Elle arrive de trois manières; car elle est ou grande, ou moindre (autrement dite moyenne), ou enfin petite.

tio prioris status commutatio, eaque tribus modis accidit : nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor quam quidem mediam vocant, aut minima.

1. Il y a grande *capitis deminutio*, lorsqu'on perd en même temps la cité et la liberté : c'est ce qui arrive aux personnes que la rigueur de la sentence rend esclaves de la peine, ou aux affranchis condamnés comme ingrats envers leur patron, ou aux personnes qui se sont laissé vendre pour participer au prix.

1. Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit : quod accidit in his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel libertis ut ingratis erga patronos condemnatis, vel qui se ad pretium participandum venumdari passi sunt.

2. Il y a *capitis deminutio* moindre ou moyenne lorsqu'on perd la cité, mais en conservant la liberté : elle est encourue par celui à qui on a interdit l'eau et le feu, ou qui est déporté dans une île.

2. Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur : quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

3. Il y a petite *capitis deminutio* quand on conserve la cité et la liberté, mais que l'état de la personne change; elle est encourue par ceux qui, après avoir été indépendants, passent sous la puissance d'autrui, et réciproquement [1].

3. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur : quod accidit in his qui cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra [1].

4. L'esclave qu'on affranchit n'est pas *capite minutus;* car il ne formait pas une tête.

4. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

5. Il n'y a pas *capitis deminutio* pour ceux qui perdent leur dignité plutôt que leur état, ni par conséquent pour un sénateur exclu du sénat.

5. Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo senatu motum capite non minui constat.

[1] Et réciproquement, c'est-à-dire qu'un fils de famille, lorsque son père l'émancipe, est *capite minutus*.

[1] *Vulga :* Vel contra, veluti si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite minutus.

6. Quod autem dictum est manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio currat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati: et ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

7. Cum autem ad adgnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximiore gradu sunt; vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes: veluti si plures fratres sunt qui unum gradum obtinent, ideoque pariter ad tutelam vocantur.

6. Quand on a dit que le droit de cognation subsiste malgré la *capitis deminutio*, on a parlé pour le cas d'une petite *capitis deminutio;* alors, en effet, la cognation subsiste. Mais ce droit lui-même périt, lorsqu'il y a grande *capitis deminutio*, par exemple, quand un des cognats devient esclave; et son affranchissement même ne rétablirait pas la cognation. Pareillement, lorsqu'on est déporté dans une île, la cognation se dissout.

7. La tutelle qui est déférée aux agnats, ne l'est pas à tous en même temps, mais seulement à l'agnat le plus proche en degré, ou à ceux qui seraient ensemble au même degré. Ainsi plusieurs frères, occupant tous le même degré, sont concuremment appelés à la tutelle.

EXPLICATION.

PR.

234. Nous retrouvons dans Justinien les trois espèces de CAPITIS DEMINUTIO, grande, moyenne et petite. Quant à la définition qu'il nous présente (*prioris status mutatio*), nous l'expliquerons plus loin [240].

§ I et II.

235. Comme nous l'avons dit, la grande et la moyenne CAPITIS DEMINUTIO supposent également la perte du droit de cité, et diffèrent relativement au droit de liberté, qui se perd dans un cas et se conserve dans l'autre (*civitas... amittitur, libertas... retinetur*). Quant aux droits de famille, Justinien

n'en parle pas, sans doute parce que leur perte, étant commune à tous les cas, n'ajouterait rien au caractère distinctif de chacun. Effectivement, c'est du droit de cité que les jurisconsultes s'occupent d'abord; et, soit que sa perte concoure ou non avec celle de la liberté, ils traitent toujours séparément la petite CAPITIS DEMINUTIO qui arrive *salva civitate* (1).

Nous avons expliqué précédemment dans quels cas on cesse d'être libre [68]; dans quels cas se perd ou se conserve la qualité de citoyen [189, 191].

§ III.

236. Tous les textes s'accordent pour répéter qu'en subissant la petite CAPITIS DEMINUTIO, chacun reste libre et citoyen; que cependant il s'opère un changement sur les effets duquel on s'accorde encore: mais, lorsqu'on veut en préciser la cause et l'objet, une divergence apparente commence à se manifester. Suivant Paul, c'est un changement de famille [233]; suivant Ulpien, c'est un changement d'état; et telle est aussi la définition de Gaïus (2), adoptée ici par Justinien, *prioris status mutatio..... status hominis commutatur*. Ainsi le changement qui s'opère porte sur un objet qu'on oppose toujours aux droits de liberté et de cité; mais cet objet s'appelle tantôt *familia* et tantôt *status*: n'en faut-il pas conclure que ces deux mots ont ici la même signification; il est certain du moins qu'après avoir parlé d'un changement d'état, les jurisconsultes donnent toujours pour exemples des changements de famille. Tel est notamment le cas d'adoption: l'adopté est CAPITE MINUTUS, comme l'émancipé (3), et cependant l'adopté ne devient pas *sui juris*; il est toujours fils de famille, mais fils d'une autre famille.

237. Le changement d'état, dont parlent les jurisconsultes romains, ne suppose donc pas une mutation nécessaire entre les qualités opposées de père et de fils de famille. Justinien seul a fait naître cette idée en modifiant le texte de Gaïus. Il y a CAPITIS DEMINUTIO, dit-il, lorsqu'une personne *sui juris* tombe sous la puissance d'autrui, ce qui est vrai [239]; mais Justinien admet la même décision pour le cas inverse (*vel contra*), c'est-à-dire pour tous les fils de famille qui deviennent *sui juris*, et alors la proposition généralisée devient fausse. En effet, si,

(1) *Ulp. fr.* 2, *de legit. tut.*; *Paul, fr.* 5, § 2, *de cap. min.* — (2) *Ulp.* 11 *reg.* 13. — (3) *Gaius*, 1 *inst.* 162.

d'une part, les fils de famille sont CAPITE MINUTI sans devenir *sui juris*, lorsqu'ils sont donnés en adoption, ou lorsqu'ils passent avec leur père adrogé sous la puissance de l'adrogeant, parce qu'alors ils changent de famille (1); d'autre part, ils deviennent *sui juris* sans être CAPITE MINUTI, par la mort, par la servitude ou par la déportation du père de famille (2); et cela doit être, car autrement la tutelle légitime serait impossible. Le pupille n'aurait jamais d'agnats s'il éprouvait, en devenant *sui juris* par la mort de son père, une CAPITIS DEMINUTIO quelconque, puisqu'elle romprait inévitablement toute agnation. Nous savons d'ailleurs que, même après la mort du père, ses enfants restent encore membres de la même famille, et, par conséquent, agnats [231].

238. Il en est autrement pour l'émancipé. Il sort de la famille, et ne reprend point sous sa puissance les enfants qu'il a laissés sous la puissance de son père; il n'est plus héritier de ce dernier; en un mot, en quittant la famille paternelle, il a perdu ses agnats, et, en général, tous ses droits de famille (3). L'émancipé est donc CAPITE MINUTUS; c'est même le seul cas où un fils de famille devenant *sui juris* subit une CAPITIS DEMINUTIO (4), et la proposition de Justinien, si elle ne comprenait que ce seul cas, n'aurait rien d'inexact (*a*).

239. En sens inverse, un père de famille ne peut devenir *alieni juris* que par adrogation ou par légitimation. Dans ces deux cas, il y a réellement CAPITIS DEMINUTIO; et ici la proposition de Justinien est vraie, du moins quant aux résultats. Mais pourquoi l'adrogé est-il *capite minutus?* Est-ce parce qu'il devient fils de famille? Non sans doute, puisque ses enfants,

(1) *Paul. fr.* 3, *de capit. min.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 4, *ad sc. maced.* — (3) *Pr., quib. mod. jus pot.*; § 9, *de hered. quæ ab intest.*; *Modest. fr.* 4, § 10, *de grad. et affin.* — (4) *Cujac., not. ad inst., h. t.*

(*a*) Les éditions ordinaires ne portent pas seulement VEL CONTRA; elles ajoutent: *Veluti, si filius familias a patre emancipatus fuerit, capite minutus.* Cette addition justifierait Justinien en précisant son texte, si on pouvait la prendre dans un sens limitatif. Cujas, dans ses premières notes, assure que le mot VELUTI ne se trouve pas dans les anciens manuscrits, et se prononce ouvertement pour sa suppression; plus tard, il a supprimé toute la phrase additionnelle. Je voudrais pouvoir la conserver parce qu'elle expliquerait le VEL CONTRA de Justinien, et le mot *veluti* ne m'empêcherait pas d'entendre cette phrase dans un sens limitatif, et même restrictif; car ce mot s'emploie souvent dans ce sens, et alors il signifie C'EST-A-DIRE, par exemple à l'égard des tribuns (*veluti tribuno*) dans le § 4, *de jur. nat.* et dans plusieurs autres textes.

qui restent fils de famille, sont également *capite minuti*. Tout s'explique lorsqu'on observe que l'adrogé et ses enfants changent tous de famille ([1]), que ce sont autant de têtes transférées *in familiam et domum alienam* ([2]). On peut en dire autant pour le cas de légitimation.

Il s'agit donc toujours de savoir à quelle famille un citoyen appartient; et, du reste, qu'il soit ou ne soit pas sous la puissance paternelle, peu importe; car, en cas d'adoption, par exemple, on ne distingue pas si le père adoptif est vivant ou mort, et, par conséquent, si l'adopté est *alieni* ou *sui juris*. On examine seulement s'il est, dans la famille adoptive, *an in familia sit* (a).

240. En effet, quiconque change de famille perd le rang qu'il occupait dans la corporation dont il était membre, dans laquelle il avait une place, une position, un état (*status*) et conséquemment des droits.

Dans ce sens, le texte dit avec raison que le changement de famille est un changement d'état. Dans un autre sens et en prenant CAPUT pour l'ensemble des droits qui constituent l'état d'un citoyen sous le triple rapport de sa liberté, de ses droits civils et de la famille dont il fait partie, on comprend que ce CAPUT est diminué, ou qu'il y a *capitis deminutio*, chaque fois qu'un citoyen perd en tout ou en partie les droits qui constituent son état. A la vérité, ceux qui subissent la petite CAPITIS

([1]) *Paul. fr.* 3. *de cap. min.* — ([2]) *Papin. fr.* 11, § 2, *de b. p. sec. tab.*

(a) *Gaius, fr.* 6, *de* 9. *p. contr. tab.* Celui qui change de famille, et par exemple l'adrogé, transporte une personne, une tête, *in familiam et domum alienam* (*Pap. fr.* 11, § 2, *de bon poss. sec. tab.*). La famille qu'il abandonne compte un agnat, une tête de moins. Pareillement, le déporté *tollitur e numero civium romanorum* (§ 1, *quid. mod. jus pot.*). Dans ce cas, la cité compte un citoyen, une tête de moins, et la même diminution arrive dans le nombre des personnes libres, chaque fois que l'une d'elles devient esclave. En s'attachant à cette observation, Hotoman et Vinnius ont pensé que la *capitis deminutio* doit s'entendre, à proprement parler, de la famille ou de la cité qui sont diminuées d'une tête en perdant un de leurs membres; que si l'on applique à ce dernier l'épithète *capite minutus*, c'est improprement, et parce qu'on dit de la personne ce qui devrait se dire de la corporation, par exemple, de la famille dont cette personne est sortie. La même observation m'avait conduit à traduire littéralement *capitis deminutio* par *diminution de tête;* mais j'abandonne cette traduction sans en chercher aucune autre. Il paraît en effet que les jurisconsultes romains ont toujours parlé de la personne et jamais de la corporation; ainsi l'observation précédente, lors même qu'elle s'adapterait à toutes les phases de la *capitis deminutio*, n'expliquerait pas l'expression même, et conséquemment ne justifierait pas la traduction littérale dont je m'étais servi.

DEMINUTIO, ne perdent leurs droits dans une famille que pour acquérir, dans une autre famille, des droits semblables ; mais on ne considère ici que la famille d'où ils sortent. Quelle que soit leur position nouvelle, leurs droits dans cette famille sont toujours perdus, et, sous ce rapport, ils sont véritablement *capite minuti*.

§ IV.

241. C'est ainsi qu'un fils de famille émancipé, et par cela même devenu père de famille, est *capite minutus* (1), à la différence de l'esclave qu'on affranchit. Ce dernier n'avait ni liberté, ni droits civils, ni famille ; en d'autres termes, *nullum caput habuit*. Il ne peut donc subir aucune CAPITIS DEMINUTIO.

§ V.

242. L'état ou le CAPUT d'un citoyen reste indépendant des dignités dont il est revêtu ou dont il peut être dépouillé, comme un sénateur exclu du sénat, sans changer de famille, et à plus forte raison sans perdre ni sa liberté ni ses droits de citoyen, c'est-à-dire sans être CAPITE MINUTUS (2).

§§ VI et VII.

243. Revenons aux effets que la CAPITIS DEMINUTIO produit relativement aux droits d'agnation et de cognation.

Puisque le titre d'agnat est commun aux membres d'une même famille, on doit nécessairement le perdre en changeant de famille. Justinien l'a dit précédemment (3), mais avec une restriction (*plerumque*) qui se réfère à une constitution (4) par laquelle Anastase conserve aux émancipés leurs droits d'agnation envers leurs frères et sœurs [v. 838].

244. Le même texte dit que la cognation ou parenté simple ne se dissout point aussi facilement que l'agnation. Effectivement, cette parenté, indépendante du lien de famille, subsiste malgré la petite CAPITIS DEMINUTIO ; mais ceux qui cessent d'être citoyens n'ont plus aucun parent. Il en est de même, à plus forte raison, pour ceux qui deviennent esclaves, et l'affranchissement même ne rétablit pas les liens de cognation qui ont

(1) *Paul. fr.* 3, § 1, *de capit. min.* — (2) *Text. hic ; Modest. fr.* 3, *de senat.* — (3) § 3, *de legit. agnat. tut.* — (4) *C.* 4, *de legit. tut.*; V. § 1, *de success. cognat.*

été rompus (1) ; car la manumission, essentiellement différente du *postliminium* et de la restitution que le prince accorderait *in integrum* [190, 193], donne une liberté nouvelle et ne réintègre pas l'affranchi dans son état primitif.

A proprement parler, le lien du sang, et par conséquent la cognation sont indissolubles (2) ; cependant on les considère comme rompus par la CAPITIS DEMINUTIO grande ou moyenne, en ce sens que la parenté ne produit plus alors aucun effet civil. Du reste, le lien du sang subsiste et conserve ses effets purement naturels, notamment à l'égard des noces (3).

Voyez pour l'explication du § VII celle du *principium*, au titre précédent [227].

(1) § 6, *h. t.; Modest. fr.* 7, *unde cognat.*— (2) § 3, *de legit. agnat. tut.* — (3) § 10, *de nupt.*

TITRE XVII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.

D'après la même loi des Douze Tables, la tutelle des affranchis de l'un et de l'autre sexe appartient aux patrons et à leurs enfants. Cette tutelle se nomme aussi légitime, non que la loi contienne à cet égard aucune disposition expresse, mais parce que l'interprétation a fait admettre cette tutelle comme si elle était établie par le texte de la loi. En effet, la loi ayant donné aux patrons et à leurs enfants l'hérédité des affranchis qui décèdent intestats, les anciens ont pensé que par cela seul elle voulait aussi leur donner la tutelle, puisqu'en appelant aussi les agnats à l'hérédité, la loi les désigne en même temps pour tuteurs. Le plus souvent, en effet, là où est l'avantage de la succession, là aussi doit être le fardeau de la tutelle. Nous

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege Duodecim Tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet: quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere : cum et adgnatos quos ad hereditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jussit; quia plerumque ubi successionis est emolumen-

tum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus PLERUMQUE, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

disons *le plus souvent;* car, lorsqu'un impubère est affranchi par une femme, c'est elle qui vient à l'hérédité, quoiqu'il y ait un autre tuteur.

EXPLICATION.

245. La loi des Douze Tables, en déférant la tutelle aux agnats, ne défère évidemment que la tutelle des ingénus; car l'esclave, n'ayant point de famille, n'a point d'agnats au moment de son affranchissement, et par conséquent point de tuteur légitime, du moins d'après le texte de la loi. Il a donc fallu recourir à son motif.

Le plus proche agnat, appelé à la tutelle, serait également appelé à l'hérédité du pupille, si celui-ci mourait. Les prudents pensèrent que la loi avait voulu mettre la charge de tuteur en compensation des espérances de l'hérédité; et comme l hérédité d'un affranchi intestat appartient, d'après la loi des Douze Tables, au patron ou à ses enfants, on a pensé que l'intention du législateur était de leur donner également la tutelle (1).

Cette tutelle, comme celle des agnats, appartient toujours aux héritiers présomptifs du pupille; c'est une règle constante, qui ne souffre exception que dans un seul cas, c'est-à-dire, lorsque l'héritier présomptif est une femme. Alors la tutelle se sépare de l'hérédité et passe, comme si la femme n'existait pas, aux mâles qui à son défaut obtiendraient l'hérédité (2).

Que déciderait-on si les mâles appelés à la tutelle étaient eux-mêmes impubères ou mineurs de vingt-cinq ans? [v. 250, 316.]

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 1 *et* 3, *de legit. tut.* — (2) *Ulp. d. fr.* 1, § 1; *Hermog. fr.* 10, *eod.*

TITRE XVIII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTIUM TUTELA.

La tutelle des patrons a servi d'exemple, et a fait admettre une

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et

autre tutelle qui se nomme aussi légitime. En effet, l'ascendant qui émancipe son fils, sa fille, le fils ou la fille de son fils, ou tout autre descendant impubère, devient son tuteur légitime.

ipsa legitima vocatur; nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

EXPLICATION.

246. L'émancipation faisait considérer l'émancipé comme un véritable affranchi, et le plaçait en conséquence sous la tutelle de son patron [200]. Ce patron était d'abord l'acheteur à qui le fils de famille avait été mancipé (*a*); c'était le père, lorsqu'en vertu de la fiducie les enfants lui avaient été rémancipés pour être affranchis par lui-même ([1]).

En simplifiant la forme, Justinien a conservé tous les effets de l'ancienne émancipation fiduciaire [200]. Le père, qui a tous les droits du patron et qui succède à son fils émancipé ([2]), doit aussi (*exemplo patronorum*) avoir la tutelle légitime.

([1]) *Gaius*, 1 *inst.* 175. — ([2]) § 8, *de legit. agn. success.*

(*a*) *Voyez*, dans la première partie de l'*Enchiridium*, un fragment du second livre des Institutes d'Ulpien.

TITRE XIX.

DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE.

Il existe encore une autre tutelle appelée fiduciaire. En effet, lorsqu'un père émancipe avant leur puberté, son fils, sa fille, son petit-fils, sa petite-fille ou autre descendant, il devient leur tuteur légitime; mais à sa mort, s'il laisse des enfants mâles, ceux-ci se trouvent tuteurs fiduciaires de leurs fils, frère, sœur ou autres. Et cependant, à la mort du patron, tuteur légitime, ses enfants sont

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem vel deinceps, impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris vel sororis et cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo,

liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! Quoniam filius quidem defuncti si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ ætatis sunt :

Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

aussi tuteurs légitimes. La raison est, qu'à la mort du père, le fils, en supposant qu'il ne fût point émancipé, deviendrait indépendant et ne retomberait point sous la puissance de son frère, ni par conséquent sous sa tutelle. L'affranchi, au contraire, en supposant qu'il fût resté esclave, aurait toujours été, après la mort de son maître, esclave des enfants de celui-ci. Toutefois, les personnes dont nous avons parlé, ne sont appelées à la tutelle qu'à l'âge de majorité :

C'est une règle que notre constitution rend générale pour toutes les tutelles et curatelles.

EXPLICATION.

247. A la mort de l'ascendant émancipateur, la tutelle sera déférée par la confirmation du magistrat au tuteur que le défunt aura nommé dans son testament [214]; mais s'il décède intestat, comme on le suppose ici, une autre tutelle que l'on appelle fiduciaire succède à la tutelle légitime que le défunt a eue comme patron. La tutelle fiduciaire appartient aux enfants mâles restés sous la puissance du père émancipateur, par exemple aux frères de l'émancipé ([1]), ou même, comme on le voit ici, à l'oncle des petits-enfants émancipés par l'aïeul, ou même à leur père. Cette tutelle suppose toujours une émancipation faite *contracta fiducia ;* et c'est de là que les enfants de l'émancipateur semblent tenir le titre de tuteurs fiduciaires, par opposition à leur père qui est tuteur légitime (*a*).

([1]) *Modest. fr.* 4, *de legit. tut.*

(*a*) *Cum is et legitimus tutor habeatur* (*Gaius*, 1 *inst.* 172, 175). L'adjectif fiduciaire, qui vient sans doute de *fiducia*, s'applique aux personnes qui acquièrent par mancipation ou par *cessio in jure* soit avec clause expresse de rémancipation, *contracta fiducia* (200), soit même sans clause expresse, lorsqu'il est entendu qu'elles ne con-

248. Mais pourquoi forment-ils une classe à part, tandis que les enfants du patron sont tuteurs légitimes comme leur père? Telle est l'objection que Justinien se fait à lui-même (*atqui patrono*, etc.). Sa réponse (*quoniam filius*, etc.) consiste à dire que l'affranchi retombe sous la tutelle légitime des enfants du patron, comme l'esclave, à défaut d'affranchissement, serait tombé sous leur puissance; que l'émancipé, au contraire, ne serait en aucun cas retombé sous la puissance de ses frères; que dès lors le père, ne transmettant point à ces derniers la puissance paternelle, ne leur transmet pas davantage la tutelle légitime. Cette explication pourrait s'appliquer à la tutelle des frères et des oncles, mais elle est fausse à l'égard du père qui, au décès de l'aïeul émancipateur, devient tuteur fiduciaire de ses propres enfants.

249. Si les enfants de l'émancipateur ne sont pas tuteurs légitimes, comme les enfants du patron, c'est parce qu'ils ne succèdent pas au droit de patronage que leur père avait. Les enfants du patron sont patrons comme l'était leur père: en cette qualité la loi les appelle à l'hérédité de l'affranchi [877], et par suite à la tutelle légitime. Quant au père émancipateur, s'il est assimilé au patron [200], et s'il obtient, en cette qualité, l'hérédité et la tutelle légitime [246], c'est par suite d'une fiction qui ne s'étend point à ses enfants. Les enfants restés sous sa puissance ne sont donc point patrons de l'émancipé. D'un autre côté, ils ne sont plus ses agnats: ainsi, lorsqu'ils viennent à la tutelle, ce n'est pas, suivant le système des Douze Tables, comme agnats ou comme héritiers présomptifs. A cet égard, ils diffèrent également soit de leur père, soit des enfants du patron (1).

La tutelle fiduciaire, séparée de l'hérédité, n'est pas une

(1) *Gaius*, 1 *inst*. 175.

serveront pas la personne mancipée. Ainsi l'acheteur, en affranchissant le fils de famille mancipé sans fiducie par son père, ou rémancipé par un autre acheteur, devient-il tuteur fiduciaire (*Gaius*, 1 *inst*. 166; *v*. 114 *et* 195; *Ulp*. 11 *reg*. 5), comme le père lui-même, lorsqu'il affranchit les enfants qu'il avait mancipés *contracta fiducia* et qu'on lui rémancipe. Dans ce sens, la tutelle du père ou de l'acheteur était tout à la fois légitime et fiduciaire; les enfants du premier étaient *loco fiduciarii* (*Gaius*, 1 *inst*. 152, 177); mais, sous Justinien, les mots ne conservent pas leur acception primitive. Le père émancipateur reste simplement tuteur légitime, et ses enfants prennent le titre de fiduciaires qui ne leur appartient pas directement (v. *Marcell*. *fr*. 4, *de legit*. *tut*.).

tutelle légitime, dans le sens des trois précédentes; mais comme elle a lieu sans aucune nomination, soit du testateur, soit du magistrat, les tuteurs fiduciaires sont considérés comme légitimes dans le sens le plus étendu de cette expression, qui comprend tous les tuteurs *quos nemo dat* (1). Dans un sens plus restreint, il n'y a de tuteurs légitimes que ceux qui sont appelés par la loi des Douze Tables à l'hérédité et à la tutelle, soit expressément comme les agnats, soit implicitement comme le patron et ceux qu'on lui assimile (2).

250. La tutelle fiduciaire n'appartenait qu'aux majeurs de vingt-cinq ans (*si perfectæ ætatis sunt*), et Justinien (3) veut qu'il en soit de même pour toutes les autres tutelles ou curatelles. Avant lui la tutelle légitime appartenait même aux impubères, et l'âge n'était pour eux qu'un motif d'excuse temporaire (*a*).

251. Pour nous résumer sur les quatre tutelles qui sont déférées sans aucune nomination, nous distinguerons entre les pupilles affranchis et les pupilles ingénus.

Les premiers ont pour tuteurs, d'abord le patron et ensuite ses enfants mâles. Quant aux ingénus, ils deviennent *sui juris* sans CAPITIS DEMINUTIO, par la mort du père de famille, ou avec CAPITIS DEMINUTIO, par l'émancipation. Au premier cas, tutelle légitime des agnats, au second cas, tutelle légitime de l'ascendant émancipateur : après lui, tutelle fiduciaire.

(1) *Ulp. fr.* 5; *de legit. tut.* — (2) *Ulp.* 11 *reg.* 3. — (3) *C.* 5, *de legit. tut.*

(*a*) V. § 13, *de excusat.* Les mots *si perfectæ ætatis sunt*, dans Paul (*fr.* 8, *de legit. tut.*), sont évidemment intercalés par Tribonien.

TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia; in provinciis vero, a præsidibus

TITRE XX.

DU TUTEUR ATILIEN, ET DE CELUI QUI ÉTAIT DONNÉ D'APRÈS LA LOI JULIA ET TITIA.

Le tuteur, pour ceux qui n'en avaient aucun, était nommé à Rome par le préteur et par la majeure partie des tribuns des plébéiens, en vertu de la loi Atilia; et dans les provinces, par les pré-

sidents, en vertu de la loi Julia et Titia.

1. Dans le cas même où un tuteur testamentaire avait été nommé sous condition ou à terme, on pouvait, d'après ces mêmes lois, et tant que la condition ou le terme n'étaient pas arrivés, donner un autre tuteur. Dans le cas de nomination pure et simple, et tant que personne ne se portait héritier testamentaire, il fallait encore demander un tuteur en vertu des mêmes lois. Ce tuteur cessait de l'être à l'événement de la condition, à l'échéance du terme ou à l'addition d'hérédité.

2. Lorsque le tuteur était prisonnier des ennemis, on demandait aussi, d'après les mêmes lois, un tuteur, qui cessait de l'être quand le prisonnier revenait dans son pays; car, à son retour, celui-ci reprenait la tutelle par droit de *postliminium*.

3. Mais les tuteurs ont cessé d'être donnés en exécution des lois précédentes, lorsqu'ils l'ont été, pour les pupilles des deux sexes, d'abord par les consuls et sur enquête, ensuite par les préteurs en vertu des constitutions. En effet, les lois précitées ne contenaient aucune disposition qui contraignît les tuteurs, soit à donner caution pour la garantie du pupille, soit à gérer la tutelle.

4. D'après le droit actuel, les tuteurs sont nommés à Rome, par le préfet de la ville ou par le préteur, chacun dans les limites de sa jurisdiction; et dans les

provinciarum ex lege Julia et Titia.

1. Sed et si testamento tutor sub conditione aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat; item si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

2. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat in civitatem reversus fuerat; nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.

3. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus; nam supradictis legibus, neque de cautione a tutoribus exigenda rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavetur.

4. * Sed hoc jure utimur, ut Romæ
* quidem præfectus urbi vel prætor,
* secundum suam jurisdictionem;
* in provinciis autem præsides ex

inquisitione tutores crearent; vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.

5. Nos autem per constitutionem nostram et hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum disposuimus : si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeat, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite; vel alias publicas personas, id est, magistratus vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

6. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

7. Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelæ judicio rationes reddunt.

provinces, par les présidents et après enquête, ou par les magistrats d'après l'ordre des présidents, quand la fortune du pupille n'est pas considérable.

5. Mais une de nos constitutions, supprimant ces distinctions de personnes et la nécessité d'attendre l'ordre du président, ordonne que, quand la fortune du pupille ou de l'adolescent n'excédera pas cinq cents solides, les tuteurs ou curateurs seront nommés, soit par les défenseurs des cités conjointement avec le prélat, soit par les autres fonctionnaires, c'est-à-dire par les magistrats, ou dans la cité d'Alexandrie, par le juge; et la caution légale sera fournie conformément à cette même constitution, c'est-à-dire aux risques de ceux qui la reçoivent.

6. Il est conforme au droit naturel de placer les impubères en tutelle, afin que, dans un âge encore trop tendre, ils soient dirigés et protégés par autrui.

7. Comme les tuteurs gèrent les affaires des pupilles, ils rendent compte, après la puberté, par l'action de tutelle.

EXPLICATION.

PR.

252. La tutelle déférée par les magistrats se nomme vulgairement dative : observons toutefois que les tuteurs testamentaires sont également datifs, par opposition aux tuteurs légitimes *quos nemo dat* (1).

Le droit de nommer les tuteurs appartient aux magistrats désignés par la loi [v. 256]; et ils exercent ce droit dans plu-

(1) *Ulp.* 11 *reg.* 14; *fr.* 5, *de legit. tut.*

sieurs cas, principalement lorsqu'il n'existe aucun tuteur, soit testamentaire, soit légitime.

§ I.

253. Quelquefois la nomination d'un tuteur testamentaire nécessite la nomination d'un tuteur datif pour l'intervalle qui doit s'écouler entre la mort du testateur et l'entrée en fonctions du tuteur testamentaire nommé à terme ou sous condition [222].

Lors même que la nomination testamentaire est pure et simple, on peut encore être dans la nécessité de nommer un tuteur datif; car le testament ne s'exécute pas avant que l'institué ne se porte héritier, et cette condition tacite suspend la tutelle comme toutes les autres dispositions du testament. Dans l'intervalle, la tutelle testamentaire n'existe qu'en espérance; mais cette espérance suffit pour empêcher l'admission des tuteurs légitimes. Il faut donc recourir aux tuteurs atiliens (1).

254. A l'événement de la condition ou du terme, la tutelle atilienne cesse, car elle n'était que provisoire (2); et quoiqu'en général elle n'admette ni terme, ni condition (3), les fonctions du tuteur atilien se trouvent limitées, par suite des dispositions du testateur, parce que sa volonté, en fait de tutelle, domine toute autre règle : *uti legassit, ita jus esto.*

§ II.

255. Lorsqu'un tuteur est prisonnier, l'incertitude de son retour établit encore une condition jusqu'à l'événement de laquelle on donne un tuteur atilien. Si le prisonnier revient, le droit de *postliminium* le réintègre dans ses fonctions, tandis que sa mort donnera lieu à la tutelle légitime (4).

§ III.

256. Le droit de nommer les tuteurs n'entre dans la juridiction d'aucune magistrature, c'est-à-dire dans sa compétence primitive et ordinaire ; il n'en fait que partie accessoire et accidentelle, lorsqu'il y est ajouté par une loi, par un sénatus-consulte ou par une constitution. En ce sens, la nomination du tuteur vient de la loi, et non de la juridiction (5).

(1) *Pomp. et Ulp. fr.* 9, 10 *et* 11, *de testam. tut.* — (2) §§ 2 *et* 5, *quib. mod. fin. tut.* (3) *Ulp. fr.* 6, § 1. *de tutel.* —(4) *Gaius,* 1 *inst.* 187. — (5) *Ulp. fr.* 6, § 2, *de tutel.*

Nous avons donc à examiner, suivant les différentes époques, à quels magistrats et par quelles lois ce pouvoir a été donné.

Les premières lois sur la tutelle dative ont été, pour Rome, la loi Atilia, d'où est venu le nom de tuteur atilien ; et pour les provinces, la loi Julia et Titia (1). Ces lois ont attribué le droit de nommer, la première au préteur, conjointement avec la majeure partie des tribuns (a) ; la seconde, aux gouverneurs de chaque province.

On a dérogé à ces deux lois, à cause de leur insuffisance sur deux points importants dont il sera traité plus loin [290], savoir la caution à exiger des tuteurs et la contrainte à exercer contre eux pour les forcer de gérer.

257. Le droit de nommer les tuteurs a été attribué sous Claude aux consuls, ensuite aux préteurs, par une constitution que l'on croit de Marc-Aurèle. La nomination se faisait *cum inquisitione*, c'est-à-dire après une enquête qui portait principalement sur l'économie, les mœurs et la fortune du tuteur (2).

Au temps d'Ulpien, c'est-à-dire au troisième siècle, les tuteurs sont nommés dans les provinces, non pas seulement par le gouverneur, mais aussi par les magistrats municipaux (3).

§ IV.

258. Dans le Bas-Empire, les tuteurs sont nommés, à Rome, c'est-à-dire dans la capitale, *in hac regia urbe* (4), par le préfet de la ville (b) et par le préteur. Chacun de ces magistrats nomme *secundum suam jurisdictionem*, savoir le préfet pour les sénateurs et pour les personnes qualifiées *illustres*, le préteur pour les personnes de condition inférieure, ou, plus

(1) *Pr., h. t.* — (2) *Modest. fr.* 21, §§ 5 *et* 6, *de tut. et curat. dat.* — (3) *Constant. C.* 2, § 2, *de his qui ven. ætat.* — (4) *Constant. C.* 2, § 2, *eod.*, *Valent. Theod. et Arcad. C.* 1, *de tut. illustr.*; *C.* 1, *quand. mul.*

(a) Les tribuns, au nombre de dix, ne prenaient aucune décision qu'à l'unanimité. Ici, par exception, et pour ne pas rendre la nomination trop difficile, il suffit que le préteur trouve six tribuns de son avis. Un passage de Tite-Live (xxxix, 9) prouve que la loi Atilia existait l'an de Rome 557. Quant à la loi Julia et Titia, on présume qu'elle a été portée en 723, sous le consulat d'Octave et de M. Titius.

(b) La compétence du *præfectus urbi*, quant à la nomination des tuteurs, n'est mentionnée au Digeste que par un seul texte (*Tryph. fr.* 45, § 3, *de excusat.*) facile à interpoler, tandis que cette même compétence est positivement reconnue, aux quatrième et cinquième siècles, par Constantin (*C.* 2, § 2, *de his qui ven. ætat*,) et par Théodose (*C.* 1, *de tut. illustr.*; *C.* 2, *quand. mul. tutel.*)

exactement, le préfet avec le concours du préteur, dans le premier cas, et le préteur seul dans le second.

Dans les provinces, le tuteur est encore nommé par le gouverneur ou par les magistrats municipaux; mais ces derniers ne nomment qu'autant que le pupille n'a pas une grande fortune (*si non sint magnæ pupilli facultates*), et, dans ce cas même, ils doivent attendre l'ordre du gouverneur (*jussu præsidum*).

§ V.

259. Justinien fixe à 500 solides, au plus, la fortune des pupilles dont le tuteur sera nommé par les magistrats municipaux, et attribue à ces derniers le droit de nomination directe, sans qu'ils aient besoin d'attendre l'ordre du gouverneur (*non expectata jussione præsidum*).

La nomination par les magistrats municipaux se fait sans enquête, et oblige le tuteur à donner caution. Cette garantie n'est pas exigée des tuteurs nommés par le magistrat supérieur, parce qu'ils ne sont nommés qu'après enquête, *cum inquisitione* (1). Nous parlerons dans un titre spécial de cette caution et de la responsabilité qu'elle impose aux magistrats qui la reçoivent [290, 295].

§ VI.

260. Après avoir distingué différentes classes de tuteurs, Justinien revient à quelques idées générales sur la nature et sur les conséquences de la tutelle.

Sont en tutelle, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les pupilles, c'est-à-dire les impubères *sui juris;* à leur égard, la tutelle est une conséquence de la raison naturelle. On a dû soumettre à la direction d'autrui les personnes qui ne sont pas encore en âge (*propter ætatem*) de se diriger elles-mêmes. Ainsi la tutelle des impubères, quoique déférée d'après des règles propres au droit civil, est conforme au droit des gens; et sous ce rapport elle diffère essentiellement d'une autre tutelle qui existait sur les femmes *sui juris* et pubères, pendant toute leur vie (2).

261. Cette tutelle des femmes, fondée sur des motifs pure-

(1) § 4, *h. t.* — (2) *Ulp.* 11 *reg.* 1 : V. *Gaius*, 1 *inst.* 190.

ment civils [1], est un point très curieux, mais très obscur encore dans l'histoire du droit. On lui connaît cependant un but certain dans le cas où elle était déférée à des tuteurs légitimes; car alors la femme, quoique pubère, ne pouvait ni aliéner certaines choses, ni s'obliger, ni tester sans l'autorisation de son tuteur, qui n'était autre que son héritier présomptif. Ce dernier veillait à ses propres intérêts en refusant d'autoriser les actes qui auraient pu lui enlever l'hérédité ou en diminuer notablement la valeur. Tel était le but de la tutelle légitime du patron sur son affranchie, et du père sur sa fille émancipée, tutelle qui subsistait encore du temps de Gaius [2]. Tel devait être aussi le but de la tutelle légitime déférée au plus proche agnat; mais Gaius ne s'en est pas expliqué, parce que, dès l'an de Rome 797, le SC. Claudien, que l'on appelle ordinairement loi Claudia, avait supprimé, pour les ingénues, la tutelle légitime de leurs agnats [3].

Quant à la tutelle testamentaire ou dative, on ne voit pas dans quel but elle était établie sur les femmes pubères, puisque la faiblesse du sexe ne les empêchait pas de gérer elles-mêmes leurs affaires. Le tuteur qu'on leur donnait n'administrait pas; il n'était appelé qu'à donner son autorisation [4], et hors le cas de tutelle légitime, il la donnait seulement pour la forme, quelquefois même malgré lui. Aussi n'encourait-il aucune responsabilité [5].

§ VII.

262. La tutelle des impubères présente un tout autre caractère. Ici le tuteur est chargé d'une double fonction; il gère les affaires du pupille, et autorise les actes que ce dernier fait par lui-même : *pupillorum tutores*, dit Ulpien [6], *negotia gerunt et auctoritatem interponunt*. Par suite, il doit rendre compte, lorsque la tutelle finit par la puberté (*post pubertatem*) ou par toute autre cause [7]. Nous parlerons plus loin [1098] de l'action que le pupille obtient contre son tuteur; nous expliquerons alors en quoi consiste la gestion de ce dernier. Quant à l'autorisation, Justinien lui consacre un titre spécial.

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 189. 193. — (2) *Gaius*, 1 *inst.* 92. — (3) *Gaius*. 1 *inst.* 157, 171; *Ulp.* 11 *reg.* 8. (4) *Ulp.* 11 *reg.* 8. — (5) *Gaius*, 1 *inst.* 190, 192. — (6) *Ulp.* 11 *reg.* 25, — (7) *Ulp. et Papin. fr.* 7 *in fin.*; *fr.* 8 *et* 9, *de tut. et rat. distr.*

TITRE XXI.

DE L'AUTORISATION DES TUTEURS.

L'autorisation du tuteur est nécessaire au pupille dans certains cas; dans certains autres, elle ne l'est pas. Ainsi, lorsqu'il stipule qu'on lui donnera quelque chose, l'autorisation n'est pas nécessaire; mais elle l'est quand le pupille promet. En effet, on a voulu qu'il pût rendre sa condition meilleure, même sans autorisation de tuteur, et qu'il ne pût la rendre pire qu'avec cette autorisation. Aussi quand il s'agit d'obligations réciproques, comme dans les ventes, louages, mandats, dépôts, si l'autorisation du tuteur n'intervient pas, celui qui contracte avec des pupilles est-il obligé, sans que les pupilles le soient envers lui.

1. Cependant ils ne peuvent, sans autorisation du tuteur, accepter une hérédité, demander une possession de biens, recevoir une hérédité fidéicommissaire, lors même qu'elle serait lucrative et sans aucun péril pour eux.

2. C'est incontinent, dans l'acte même et en personne, que le tuteur doit donner son autorisation, lorsqu'il le juge utile au pupille. L'autorisation donnée ultérieu-

TITULUS XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulantur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate. Unde in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

1. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat.

2. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero aut per epistolam

interposita auctoritas nihil agit.

3. Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in re sua auctor esse non potest, non prætorius tutor olim constituitur, sed curator (1) in locum ejus datur : quo interveniente judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.

(1) Si quis jam gerens obligatum sibi effectum habeat minorem, conjungi tutorem alterum aut curatorem... ut custodiat ille ne fiat ulla malignitas. (*Nov.* 72, *cap.* 2.)

rement ou par lettre reste sans effet.

3. Lorsqu'un procès survient entre le tuteur et le pupille, comme le tuteur ne peut autoriser dans sa propre cause, au lieu de constituer comme autrefois un tuteur prétorien, on nomme un curateur (1). Ce dernier assiste le pupille pendant l'instance, et sa mission finit avec le procès.

(1) Si pendant sa gestion l'administrateur devient créancier du mineur, on lui adjoindra un autre tuteur ou un autre curateur, pour veiller à ce qu'il ne soit commis aucune fraude.

EXPLICATION.

§ II.

263. Auctoritas vient de *augere*, *auctum*, qui signifie augmenter. On en conclut communément que le tuteur est donné à la personne du pupille pour la compléter, *ad integrandam pupilli personam*, suivant l'expression d'E. Otton (1), ou pour l'augmenter, comme on ne craint pas de le dire aujourd'hui. Il est certain que l'autorisation du tuteur donne au pupille une aptitude qu'il n'a point par lui-même ; elle le rend capable de faire les actes qu'il ne pourrait faire seul, par exemple, de s'obliger ou d'aliéner, parce que la volonté et l'intelligence du tuteur suppléent à l'intelligence dont l'impubère est dépourvu, et complètent ainsi, sous le rapport intellectuel, les actes dont le pupille remplit seulement la forme extérieure [996]. Mais faut-il absolument, pour expliquer cet effet de l'autorisation, recourir au sens étymologique du mot *auctoritas ?* Non certainement : il suffit de prendre ce mot dans le sens qu'on lui donne ordinairement. Dire qu'une personne *auctor fuit*, c'est indiquer qu'elle a ouvert un avis, qu'elle a fait une proposition, qu'elle en a pris l'initiative et la respon-

(1) *Ad.* § 2, *h. t.*

sabilité. C'est en ce sens que le tuteur est donné au pupille pour le conseiller, et même pour le diriger dans l'administration de ses propres affaires.

264. L'autorisation du tuteur est un acte solennel, intimement lié au fait même du pupille : c'est une approbation expresse que [1] le tuteur présent donne *in ipso negotio*. Autrement l'autorisation donnée après coup (*post tempus*), ou envoyée par lettre missive (*per epistolam*) n'aurait aucun effet (*nil agit*).

Une autorisation donnée conditionnellement serait, par cela même, suspendue jusqu'à l'événement de la condition, ce qui est inadmissible. Les actes du pupille doivent donc être autorisés purement et simplement, lors même qu'ils sont conditionnels [2].

PR.

265. Le pupille agit tantôt avec l'autorisation de son tuteur, tantôt même indépendamment de toute autorisation. Ainsi, par exemple, et sauf plusieurs distinctions d'âge que nous expliquerons plus loin [995], le pupille, même non autorisé, peut stipuler, c'est-à-dire interroger une personne qui s'oblige en répondant ; mais, en sens inverse, il ne peut promettre, ou, en d'autres termes, s'obliger, en répondant à l'interrogation d'autrui, qu'avec l'autorisation de son tuteur [3]. Cette double décision dérive du principe d'après lequel on distingue si le pupille rend sa condition meilleure ou pire (*meliorem suam conditionem facere, deteriorem vero*, etc.). L'autorisation, superflue dans la première hypothèse, devient indispensable dans la seconde. Ainsi le tuteur intervient précisément pour habiliter le pupille à rendre sa condition pire, ce qui, au premier aspect, paraît incompréhensible ; car le tuteur ne doit autoriser les actes du pupille qu'autant qu'il les juge avantageux, *si hoc pupillo prodesse existimaverit* [4]. Pour lever cette apparente contradiction, il faut savoir que le pupille rend sa condition meilleure lorsqu'il acquiert ou lorsqu'il oblige les autres envers soi, tandis qu'il rend sa condition pire toutes les fois qu'il aliène ou qu'il s'oblige [5]. Or, s'il est toujours utile de rendre sa condition meilleure, il n'est pas toujours désavantageux de

[1] *Paul. fr.* 3, *h. t.*; V. *fr.* 1, § 2, *de tutel.* — [2] *Ulp. fr.* 8, *h. t.* — [3] *Text. hic*; § 9, *de inutil. stip.* — [4] § 2, *h. t.* — [5] § 2, *quib. Alien. lic.*; § 9, *de inutil. stipul.*

rendre sa condition pire; il importe souvent au pupille d'aliéner certaines choses, ou de prendre des engagements dont il ne saurait apprécier par lui-même l'utilité ou le danger. Aussi de semblables actes doivent-ils être soumis à l'examen du tuteur, afin qu'il puisse les autoriser en connaissance de cause; et alors le pupille rend sa condition pire, en ce sens qu'il prend les engagements que nécessitent ses affaires, par exemple, lorsqu'il a besoin de faire un emprunt.

266. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'une stipulation (*si quid stipuletur*), contrat unilatéral qui n'oblige qu'un seul des contractants; mais il existe des contrats bilatéraux ou synallagmatiques, comme la vente, le louage et plusieurs autres contrats, qui produisent entre tous les contractants des obligations réciproques (*ex quibus obligationes mutuæ nascuntur*). Dans ces différents cas, le pupille qui contracte oblige une autre personne envers lui, et sous ce rapport il n'a besoin d'aucune autorisation; mais en même temps il s'oblige envers autrui, et, sous ce second rapport, l'autorisation du tuteur est indispensable. En pareil cas, ceux qui ont contracté avec un pupille non autorisé sont tenus envers lui sans qu'il soit tenu envers eux. Cela ne signifie pas que le pupille puisse, après avoir vendu, exiger le prix sans livrer la chose, ou, après avoir acheté, se faire livrer la chose sans acquitter le prix; car il ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui ([1]). On veut dire seulement qu'il n'est pas lié; qu'il est libre de faire exécuter le contrat ou de s'en départir, mais sans diviser les obligations respectives qui en résultent.

Nous parlerons plus loin de l'autorisation dont le pupille a besoin pour aliéner [502].

§ 1.

267. Le pupille n'a besoin d'aucune autorisation pour obliger les personnes qui contractent avec lui, ou pour acquérir les choses dont on veut lui transférer la propriété; *omnes res pupillo sine tutoris auctoritate dari possunt* ([2]). Toutefois cette règle souffre exception en ce qui concerne l'acquisition d'une hérédité; sauf le cas où le pupille se trouve héritier nécessaire [668, 819], il ne peut faire adition d'hérédité qu'avec

([1]) *Pompon. fr.* 206, *de regul. jur.* — ([2]) § 2, *h. t.*

l'autorisation de son tuteur. Pour expliquer cette exception, Ulpien (1) fait observer que l'héritier est dans l'obligation d'acquitter toutes les dettes du défunt, obligation que le pupille ne peut s'imposer sans l'autorisation de son tuteur. Mais cette explication est insuffisante, puisque le texte suppose une hérédité avantageuse (*lucrosa*) et sans aucun risque pour le pupille (*nec ullum damnum habeat*). D'ailleurs, s'il existe des dettes, pourquoi n'en serait-il pas de l'adition d'hérédité comme des contrats synallagmatiques, qui, sans obliger le pupille, obligent les autres contractants [266]?

La bonne administration des affaires du pupille le met fréquemment dans la nécessité de contracter, et, dans son intérêt même, on lui permet de stipuler dès qu'il peut parler, lors même qu'il n'a encore aucune intelligence, *quamvis nihil intelligat* (2). On n'a pas donné les mêmes facilités pour l'adition d'hérédité, parce qu'elle ne suppose pas seulement *aliquem intellectum*, mais une maturité de jugement qui n'existe jamais chez les impubères (3). C'est pour suppléer à son absence que l'autorisation du tuteur est exigée : en effet, *in eo quod animi judicio fit*, le pupille non autorisé est réputé n'avoir aucune volonté ; *nec velle nec nolle intelligitur* (4).

268. Ce que nous avons dit de l'hérédité déférée au pupille s'applique à celle qui doit lui être restituée en vertu d'un fidéicommis [773] et à la *bonorum possessio*, succession prétorienne qu'il ne faut pas confondre avec l'hérédité, car celle-ci est une succession réglée par le droit civil.

Pour posséder un objet corporel, il faut le détenir *animo domini*, et cet *animus* n'existe chez les impubères qu'à un certain âge. Les jurisconsultes romains en concluaient que les pupilles non autorisés peuvent acquérir la possession pourvu qu'ils soient assez âgés pour comprendre, *ut intellectum capiant* (5); mais il a été décidé que l'*infans*, quoique dépourvu d'intelligence, peut, même sans autorisation, posséder les objets qu'il détient (6).

§ III.

269. Les tuteurs ne peuvent donner aucune autorisation

(1) *Ulp. fr.* 8, *de adquir. et omit. hered.* — (2) *Gaius, fr.* 6, *rem. pupil. salv.*; V. § 10, *de inutil. stip.* — (3) § 1, *quib. non est permiss.*; V. § 10, *de inutil. stip.* — (4) *Cels. fr.* 189, *de reg. jur.*; V. *Cujac. ad Paul. fr.* 5, *eod.* — (5) *Paul. fr.* 1, § 3; *fr.* 32, *de adquir. vel amitt. possess.* — (6) *Dec. C. de adquir. et retin. poss.*

dans leur propre cause, c'est-à-dire dans les procès qu'ils auraient contre le pupille, ou pour les engagements que ce dernier contracterait envers eux directement; car la règle, *ipse tutor in rem suam auctor esse non potest*, ne s'applique pas lorsque le pupille s'oblige indirectement envers son tuteur, par exemple, en recueillant une hérédité dont ce même tuteur est créancier (1).

270. En général, on ne donne point de tuteur, soit au pupille qui en est déjà pourvu (2), soit pour une affaire déterminée (3). Mais on négligeait cette règle toutes les fois que le tuteur existant se trouvait dans l'impossibilité de donner lui-même une autorisation indispensable (4), notamment pour acquérir une hérédité (5) et pour agir *in judicio.* En effet, le pupille, qui avait un procès contre son tuteur, recevait un second tuteur (*prætorius tutor*), que l'on donnait encore au temps d'Ulpien (6); plus tard on a donné un curateur spécial [v. 1299], non pour autoriser, mais pour assister le pupille dans l'instance.

271. D'après les Novelles de Justinien, la tutelle ne peut appartenir ni aux débiteurs ni aux créanciers du pupille, excepté sa mère (7); et si le tuteur devient débiteur ou créancier du pupille après son entrée en fonctions, on doit lui adjoindre un curateur pour tout le temps de la tutelle (8).

(1) *Ulp. fr.* 1, *h. t.* — (2) § 5, *de curat.* — (3) § 4, *qui test. tut.* — (4) *Ulp.* 11 *reg.* 20 *et seq.* — (5) *Marcian. fr.* 9; *Papin. fr.* 13, *de tut et curat. dat.* — (6) 11 *reg.* 24. — (7) *Nov.* 72, *cap.* 1 *et* 2; *nov.* 94. — (8) *Nov.* 72, *cap.* 1.

TITULUS XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant.

Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum

TITRE XXII.

DE QUELLE MANIÈRE FINIT LA TUTELLE.

Les pupilles de l'un ou de l'autre sexe sont libérés de la tutelle dès qu'ils deviennent pubères. Les anciens voulaient constater la puberté chez les hommes, non-seulement par les années, mais aussi par le développement du corps.

Mais, pour se montrer digne de la chasteté du siècle, notre majesté a pensé

avec raison que l'inspection du corps qui, à l'égard des femmes avait paru indécente même aux anciens, ne l'est pas moins à l'égard des hommes. Ainsi notre constitution a décidé que la puberté commencerait chez les hommes à quatorze ans accomplis, en conservant le principe sagement établi par l'antiquité à l'égard des femmes, et qui les répute nubiles à douze ans accomplis.

bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

1. La tutelle finit également lorsque l'impubère est adrogé ou déporté, et lorsqu'il est réduit en esclavage pour cause d'ingratitude envers son patron, ou pris par l'ennemi.

1. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur ut ingratus a patrono, vel ab hostibus fuerit captus.

2. Le tuteur nommé par testament, jusqu'à l'événement d'une condition, cesse également d'être tuteur dès que la condition s'accomplit.

2. Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, æque evenit ut desinat esse tutor existente conditione.

3. Pareillement, la tutelle finit par la mort, soit des pupilles, soit des tuteurs.

3. Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum vel tutorum.

4. La *capitis deminutio* du tuteur, lorsqu'elle lui fait perdre la liberté ou la cité, détruit toute espèce de tutelle. Sa petite *capitis deminutio*, dans le cas par exemple, où il se donne en adoption, détruit seulement la tutelle légitime et non les autres. Mais la *capitis deminutio* des pupilles, même la plus petite, fait cesser toute espèce de tutelle.

4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceteræ non pereunt: pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.

5. De plus, les tuteurs nommés par testament, pour un temps déterminé, déposent la tutelle à l'expiration du temps fixé.

5. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

6. Cessent aussi d'être tuteurs,

6. Desinunt autem tutores

esse qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.

ceux qu'on écarte de la tutelle, parce qu'ils ont paru suspects, ou ceux qui s'excusent pour cause légitime et se déchargent de l'administration, d'après les règles que nous exposerons plus bas.

EXPLICATION.

PR.

272. Les pupilles sortent de tutelle dès qu'ils deviennent pubères : la puberté est, à proprement parler, le développement physique des organes qui rend les deux sexes capables d'engendrer ([1]); mais la puberté des femmes a toujours été présumée d'après l'âge, par cela seul qu'elles comptaient douze ans accomplis.

Quant au sexe masculin, les Proculéiens admettaient une présomption semblable, et fixaient le commencement de la puberté à l'âge de quatorze ans accomplis ; les Sabiniens, au contraire, appréciaient la puberté par l'état extérieur du corps, *habitu corporis* ([2]). Priscus ne reconnaissait même comme pubères que ceux qui réunissaient les deux conditions d'âge et de développement corporel ([3]). Justinien confirme ici l'opinion des Proculéiens. Ainsi la puberté commence (*initium accipere*), dans le sexe masculin, à quatorze ans, en ce sens que parmi les hommes de cet âge il se trouve toujours quelques pubères ; mais le plus grand nombre n'arrive réellement à la puberté qu'entre quatorze et dix-huit ans ([4]). Aussi la puberté pleine est-elle fixée à dix-sept ans accomplis ou dix-huit ans commencés [177].

§ I et III.

273. La tutelle doit nécessairement finir lorsque le pupille décède, ou même lorsqu'il est *capite minutus*, car il ne peut que devenir esclave par la grande CAPITIS DEMINUTIO, *peregrinus*

([1]) *Ulp.* 11 *reg.* 28. — ([2]) *Gaius*, 1 *inst.* 196. — ([3]) *Ulp.* 11 *reg.* 28. — ([4]) *Paul.* 3 *sent.* 4, § 2.

par la moyenne, et fils de famille par la petite. Dans le premier et dans le troisième cas, l'impubère, devenant *alieni juris*, cesse d'être pupille [209]. Dans le second cas, il perd le titre et les droits de citoyen ; dès lors il ne doit plus jouir d'une protection que donne le droit civil [260].

§ II.

274. Dans les cas énumérés jusqu'ici, la tutelle finit et pour le tuteur et pour le pupille ; mais la fin de la tutelle peut n'être que la cessation des pouvoirs et des fonctions d'un tuteur. C'est ce qui arrive :

1° Par la mort du tuteur.

§§ II, IV et V.

275. La tutelle finit aussi pour le tuteur seulement :

2° Par sa grande et moyenne CAPITIS DEMINUTIO ; car aucune tutelle ne peut appartenir à celui qui n'est plus citoyen romain. Quant à la petite CAPITIS DEMINUTIO du tuteur, elle ne détruit que la tutelle légitime, c'est-à-dire celle des agnats, celle du patron et de ses enfants (1), et sans doute aussi la tutelle de l'émancipateur, parce qu'elle est, comme les précédentes, déférée aux héritiers présomptifs dont les droits sont toujours détruits par la *capitis deminutio* (2).

3° Par l'événement de la condition.

Et 4° par l'échéance du terme apposé dans la nomination. Le terme ou la condition peuvent être apposés, soit pour faire cesser, soit, au contraire, pour faire commencer la tutelle testamentaire [222] ; dans ce dernier cas, l'événement du terme et de la condition fait cesser les fonctions du tuteur qui aurait été nommé pour l'intervalle [254].

§ VI.

276-277. Les pouvoirs du tuteur finissent en outre :

5° Lorsqu'il est excusé (v. tit. 25),

Ou 6° écarté comme suspect (v. tit. 26).

D'après un sénatus-consulte qui ne s'applique pas au cas de mort ou de *capitis deminutio*, le tuteur excusé ou suspect se retire, non pour faire place à ceux qui viennent après lui dans

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 51. — (2) § 2, *de sc. orphit.*

l'ordre des tutelles légitimes, mais *ut alius detur* (¹). Il est donc remplacé par un tuteur datif.

(¹) *Ulp. fr.* 11, §§ 1, 2, 3 *et* 4, *de test. tut.; V. fr.* 3, §§ 8 *et* 9, *de legit. tut.*

TITULUS XXIII.

DE CURATIONIBUS.

Masculi puberes et feminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.

1. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur; sed datus confirmatur decreto prætoris vel præsidis.

2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, prætorquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest.

3. Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege Duodecim Tabularum; sed solent Romæ præfectus urbi vel prætor, et in provinciis præsides, ex inquisitione eis curatores dare.

4. Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpe-

TITRE XXIII.

DES CURATELLES.

Les hommes pubères et les femmes nubiles reçoivent des curateurs jusqu'à vingt-cinq ans accomplis, parce que, malgré leur puberté, ils ne sont pas encore d'âge à pouvoir diriger leurs affaires.

1. Le curateur est donné par les mêmes magistrats que le tuteur; mais on ne donne point de curateur par testament. Toutefois, celui qu'on aurait donné serait confirmé par décret du préteur ou du président.

2. Les adolescents ne reçoivent point de curateur malgré eux, si ce n'est en cas de procès; car le curateur peut être donné même pour une affaire déterminée.

3. Les fous et les prodigues, quoique majeurs de vingt-cinq ans, sont néanmoins placés, par la loi des Douze Tables, sous la curatelle de leurs agnats; mais dans l'usage leurs curateurs sont nommés après enquête, à Rome, par le préfet de la ville ou par le préteur, et, dans les provinces, par le président.

4. Les insensés, les sourds, les muets et les personnes attaquées

d'une infirmité perpétuelle, ne pouvant diriger leurs affaires, doivent aussi recevoir des curateurs.

5. Les pupilles eux-mêmes reçoivent quelquefois des curateurs, par exemple, quand le tuteur légitime manque d'aptidude; car ceux qui ont un tuteur ne peuvent en recevoir un autre. Pareillement, lorsque le tuteur nommé par testament, par le préteur ou par le président, manque d'aptitude pour administrer, et cependant administre sans fraude, on lui adjoint un curateur. Pareillement, pour remplacer les tuteurs qui s'excusent, non à perpétuité, mais temporairement, l'usage est de donner un curateur.

6. Lorsque le tuteur se trouvera, par mauvaise santé ou autrement, dans l'impossibilité d'administrer les affaires du pupille, et que celui-ci sera éloigné ou enfant, une sentence du préteur ou du président de la province préposera, aux risques du tuteur, l'agent que celui-ci désignera.

tuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

5. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt: ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor vel a prætore vel præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet et curator adjungi. Item in locum tutorum qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

6. Quod si tutor adversa valetudine vel alia necessitate impeditur quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

EXPLICATION.

§ III.

278. La folie ou démence prive ceux qui en sont atteints de toute raison, et conséquemment de toute capacité; on n'a donc pas besoin de leur interdire l'exercice des facultés qu'ils n'ont pas. Les prodigues, au contraire, ont des facultés dont ils abusent, et, dans leur propre intérêt, il faut leur retirer l'administration de leurs biens. De là cette différence, que les fous doivent avoir un curateur par cela seul qu'ils sont en dé-

mence, tandis que les prodigues ne deviennent incapables de s'obliger, d'aliéner, de tester, et ne sont en curatelle qu'après que le préteur, en prononçant contre eux une sentence d'interdiction, leur a enlevé l'exercice de leurs droits (1).

279. D'après la loi des Douze Tables, la curatelle légitime des fous et des prodigues est déférée, comme la tutelle des impubères, au plus proche agnat, lorsque le père de famille, sous la puissance duquel ils se trouvaient, décède intestat; toutefois, comme il n'existe point de curatelle testamentaire, le mot *intestatus* ne se prend point ici dans le sens qu'on lui donne en matière de tutelle. La curatelle n'appartient aux agnats qu'autant que le père de famille est décédé intestat dans le sens propre du mot (2) [808]. Ainsi la curatelle légitime n'a lieu sur les fous et les prodigues que lorsqu'ils ont recueilli ab intestat l'hérédité paternelle. Il semble, en effet, que, dans ce cas, l'hérédité arrive aux enfants comme un bien de famille dont la conservation importe spécialement à leurs agnats; tandis que le caractère patrimonial n'existe plus, du moins au même degré, dans l'hérédité testamentaire, lors même qu'il s'agit des biens paternels.

280. On voit par là que si les fous et les prodigues sont quelquefois sous la curatelle de leurs agnats, c'est le cas le plus rare. Aussi les curateurs sont-ils presque toujours donnés par les magistrats (*solent dare*) à beaucoup d'ingénus qui n'ont point d'agnats, ou dont les agnats sont inhabiles aux fonctions de curateur (3), et même à tous ceux dont le père est décédé testat, et enfin aux affranchis qui n'ont jamais ni père légitime ni agnat (*a*).

§ IV.

281. Ce sont encore les magistrats qui donnent un curateur aux imbéciles, aux sourds, aux muets et à tous les incurables (*qui perpetuo morbo laborant*) dont la loi des Douze Tables ne parle pas, et qui, par conséquent, n'ont jamais de curateur légitime. Nous avons vu [126] que les décisions prises pour le cas

(1) V. *Paul.* 3 *sent.* 4, §§ 6 *et* 7. — (2) V. *Ulp.* 12 *reg.* 3. — (3) *Gaius, fr.* 13, *de curat. fur.; Justin. C.* 7, § 6, *eod.*

(*a*) *Ulp.* 12 *reg.* 3. Voyez Janus a Costa *hic*; Cujas dans ses notes sur les Institutes et ses paratitles sur le Code, *lib.* 5, *tit.* 70.

d'imbécillité ne s'appliquent pas directement au cas de folie, sans doute parce que la démence, bien qu'elle paralyse toutes les facultés intellectuelles, est susceptible d'intervalles lucides, et même de guérison, tandis que l'imbécillité suppose une absence totale de raison et d'intelligence.

Quant aux sourds et aux muets, bien qu'ils reçoivent un curateur, ils ne sont pas absolument incapables d'agir par eux-mêmes. Il faut examiner à cet égard la nature des actes, pour connaître ceux que peuvent ou ne peuvent pas faire le sourd et le muet [560, 679 et 998].

PR.

282. Le pupille devenu pubère n'a plus de tuteur; mais, jusqu'à vingt-cinq ans accomplis, il peut recevoir, et reçoit, en général, un curateur (1).

Dans l'origine, on ne donnait point de curateurs à raison de l'âge. C'est un plébiscite nommé loi Lætoria, ou, plus exactement Plœtoria (*a*), qui a fixé à vingt-cinq ans accomplis l'âge qu'on appelle *perfecta ætas* (2). La loi, voulant protéger les personnes qui n'ont pas encore accompli cet âge, *minores viginti quinque annis*, soumit à un *judicium publicum*, et, par suite, à une condamnation pécuniaire et infamante, quiconque abuserait frauduleusement de leur inexpérience en traitant avec eux (3). En même temps elle autorisa ces derniers à demander, pour chaque affaire, un curateur spécial dont l'assistance ou le consentement fût, sans doute, une garantie morale pour les personnes qui voudraient traiter de bonne foi avec les mineurs de vingt-cinq ans.

Plus tard le droit prétorien a donné à ces derniers une protection plus efficace, en rescindant, pour simple lésion, indépendamment de la fraude, tout engagement, toute opération d'où résulterait pour eux un préjudice quelconque [685].

Enfin Marc-Aurèle, d'après l'historien Capitolinus, amplifiant l'institution des curateurs spéciaux admis par la loi Plœto-

(1) *Ulp. fr.* 1, § 3, *fr.* 3, *de minor.* XXV *ann.* — (2) *Constant. C.* 2, *C. Th., de donat.* — (3) *Cicer.* 3 *de natur. deor.* 30; 3 *de offic.* 15.

(*a*) Rien n'indique précisément la date de cette loi. On sait seulement par un passage de Plaute (*Pseud.*, *acte* 1, *scène* 3) qu'elle existait de son temps, c'est-à-dire vers le milieu du sixième siècle.

ris, permit de donner aux mineurs de vingt-cinq ans un curateur général de toutes leurs affaires ([1]).

§ II.

283. Ainsi les mineurs de vingt-cinq ans peuvent et doivent même recevoir un curateur, qui toutefois ne leur est pas donné malgré eux (*inviti... non accipiunt*). Loin d'être forcée, la nomination du curateur n'a lieu, en règle générale, que pour ceux qui la demandent ([2]), ou la font demander, sans que personne puisse provoquer cette nomination, comme on provoque souvent celle d'un tuteur à l'insu du pupille et même malgré lui ([3]). Cependant les mineurs ont presque toujours un curateur, parce qu'ils le demandent, à l'époque de la puberté, sur l'invitation précise que le tuteur doit leur adresser ([4]), invitation à laquelle les mineurs sont indirectement forcés de se soumettre, parce qu'on ne leur remet, en aucun cas, l'administration de leurs biens ([5]).

Cette nécessité indirecte n'atteint pas ceux qui, restés fils de famille jusqu'à la puberté, n'ont jamais eu de tuteur, et ceci explique pourquoi les textes distinguent des mineurs qui ont un curateur et des mineurs qui n'en ont pas. Les premiers, assimilés au prodigue interdit ([6]), sont, par cela même, incapables de s'obliger, ou d'aliéner sans le consentement de leur curateur ([7]); tandis que les seconds contractent valablement, sauf la restitution *in integrum* promise, en cas de lésion, à tous les mineurs de vingt-cinq ans, lors même qu'ils ont agi avec le consentement de leur curateur ([8]).

284. Cette règle, qu'un mineur de vingt-cinq ans ne reçoit point de curateur malgré lui, souffre exception lorsqu'il s'agit pour le mineur : 1° de soutenir un procès (*prœterquam in litem*); 2° de recevoir un paiement; ou 3° d'examiner les comptes de son tuteur. Dans ces différents cas, la nomination d'un curateur peut être demandée par le mineur lui-même, ou à son défaut par l'adversaire, par le débiteur, ou par le tuteur qui veut plaider, payer ou compter avec sécurité ([9]).

([1]) *Paul. fr.* 15, *de tut. et curat. dat.; Zen. C.* 6, *de magistr. conv.* — ([2]) *Papin. fr.* 13, § 2, *de tut. et curat. dat.* — ([3]) *Modest. fr.* 2, §§ 1, 4 *et* 5, *qui pet. tut.* — ([4]) *Ulp. fr.* 5, § 5, *de admin. et peric.* — ([5]) *Ulp. fr.* 1, § 3, *de minor.* XXV *ann.* — ([6]) *Diocl. et Max. C.* 3, *de in integr. restit.* — ([7]) *Ulp. fr.* 6, *de verb. obl.* — ([8]) *Alex. C.* 2, *si tut. vel. curat.; Diocl. et Max. C.* 3, *de in integr. restit.* — ([9]) *Ulp. fr.* 7, § 2, *de min.* XXV *ann.; Anton. C.* 1; *Gordian. C.* 7, *qui pet. tut.*

Remarquez à cette occasion que les curateurs se donnent souvent *ad certam causam*, précisément parce qu'on les nomme moins pour la personne que pour les biens et pour les affaires qu'ils sont chargés de gérer ; aussi le consentement qu'ils donnent aux mineurs de vingt-cinq ans n'a-t-il jamais le caractère strict et solennel de l'autorisation du tuteur ; il n'a pas besoin d'être donné dans les mêmes formes [264], et n'est pas soumis à la règle *ipse tutor in rem suam auctor esse non potest* (1).

§ V.

285. Les pupilles eux-mêmes reçoivent un curateur qui les assiste lorsqu'ils ont un procès à soutenir contre leur tuteur [270, 271], qui administre en l'absence du tuteur excusé temporairement (2), ou qui s'adjoint à un tuteur incapable d'administrer (*idoneus non sit ad administrationem*).

Remarquez la différence qui existe à cet égard entre le tuteur légitime et les tuteurs testamentaires ou datifs. L'inaptitude de ces derniers ne suffit pas pour qu'on leur adjoigne un curateur ; il faut encore qu'ils soient exempts de fraude (*nec tamen fraudulenter administret*), parce que, dans le cas contraire, on les écarte comme suspects (3). On est moins sévère pour le tuteur légitime qui *non sit idoneus* ; car on peut toujours lui adjoindre un curateur, et par conséquent le maintenir, quoique suspect, à cause des égards qui lui sont dus comme parent ou comme patron du pupille [322].

§ VI.

286. Si le tuteur, à raison de son âge, de sa mauvaise santé ou de l'étendue des affaires, se trouve dans l'impossibilité d'administrer, on peut nommer pour exercer les actions du pupille, un agent (*actor*) désigné par le tuteur lui-même, et constitué à ses risques et périls par le préteur (4). La nomination de cet agent judiciaire n'est indispensable que dans un seul cas, c'est-à-dire lorsque le pupille est absent ou enfant. Autrement celui-ci pourrait, avec l'autorisation de son tuteur, constituer un procureur que le tuteur n'a pas le pouvoir de constituer seul, du moins en tout état de cause (5).

(1) *Ulp. fr.* 1, §§ 13 et 14, *ad. sc. trebell.* — (2) *Text. hic* ; § 2, *de excusat.* — (3) *Gordian. C.* 6, *de susp. tut.* — (4) *Text. hic* ; *Paul, fr.* 24, *de admin. et peric.* — (5) *Alex. C.* 11, *de procurat.*

§ I.

227. Dans tous les cas où il y a lieu de donner un curateur, il est nommé par les magistrats qui nomment les tuteurs (¹). Quant au curateur désigné par testament, appliquez ici ce qu'on a dit précédemment [215].

Toute curatelle finit avec les causes qui l'ont fait établir. Ainsi les pupilles en sont libérés à leur puberté, les mineurs à l'âge de vingt-cinq ans (²), les prodigues, les fous, les insensés, les sourds, les muets, etc., dès qu'ils sont corrigés ou guéris (³), sauf à nommer un nouveau curateur s'il en est besoin (⁴).

Nous parlerons plus loin de l'administration, des comptes et de la responsabilité des curateurs [1098].

(1) Inst. hic, § 1, h. t.; § 4, de atil. tut. — (2) Ulp. fr. 3, § 1, de tutel. — (3) Ulp. fr. 1, de curat. fur. — (4) Paul. fr. 25, de tut. et cur. dat.; Ulp. d. fr. 3, § 1, de tutel.

TITULUS XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quaeve in curatione sunt, negotia a curatoribus tutoribusve consumantur vel deminuantur, curat prætor ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

1. Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati

TITRE XXIV.

DE LA CAUTION DES TUTEURS ET DES CURATEURS.

Pour empêcher que la fortune des pupilles et des personnes placées en curatelle ne soit perdue ou diminuée par les tuteurs ou curateurs, le préteur pourvoit à ce qu'ils donnent caution pour cet objet; mais cette règle n'est pas absolue. En effet, les tuteurs nommés par testament ne sont pas tenus de donner caution, parce que le testateur lui-même a reconnu leur fidélité et leur exactitude. Pareillement, les tuteurs ou curateurs nommés après enquête ne sont pas obligés de fournir caution, parce que le choix même garantit leur aptitude.

1. Lorsque deux ou plusieurs tuteurs ont été nommés par testa-

ment ou après enquête, chacun d'eux peut offrir caution pour l'indemnité du pupille ou de l'adolescent, afin d'administrer seul par préférence à son cotuteur ou cocurateur, ou afin que celui-ci, offrant lui-même caution, obtienne la préférence, et soit lui-même seul administrateur. On ne peut donc pas lui demander directement caution; mais il faut l'offrir afin qu'il ait le choix de la recevoir ou de la fournir. Si aucun des tuteurs ou curateurs n'offre caution, la gestion appartient à celui que le testateur a désigné; si le testateur n'a désigné personne, le gérant sera choisi à la majorité des voix, conformément à l'édit prétorien. Enfin, si les tuteurs eux-mêmes ne s'accordent pas pour choisir un ou plusieurs gérants, le préteur devra intervenir. Il en est de même lorsque plusieurs personnes sont nommées après enquête, c'est-à-dire que la majorité peut choisir l'administrateur.

fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori vel concuratori suo, utrum velit satis accipere an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit ipse gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret.

2. On saura que l'administration des tuteurs ou curateurs ne les oblige pas seuls envers les pupilles, adultes et autres. Ceux-ci ont encore, contre les magistrats qui acceptent la caution, une action subsidiaire qui peut leur offrir une dernière ressource. L'action subsidiaire est accordée contre les magistrats qui ont ou totalement négligé de faire donner caution, ou laissé donner une caution insuffisante. D'après les

2. Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceterisque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt

caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.

3. Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur.

4. Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent.

réponses des prudents comme d'après les constitutions impériales, cette action s'étend jusqu'aux héritiers des magistrats.

3. Les mêmes constitutions veulent aussi que, faute par les tuteurs et curateurs de donner caution, ils y soient contraints par prise de gages.

4. Le préfet de la ville, ni le préteur, ni le président de la province, ni aucun des magistrats à qui appartient la nomination des tuteurs, ne sera soumis à l'action subsidiaire. Elle n'atteint que les magistrats chargés de recevoir la caution.

EXPLICATION.

288. Il reste à parler de plusieurs points communs aux tuteurs et aux curateurs, et d'abord des précautions à prendre pour la garantie des personnes qui sont soumises à la tutelle ou à la curatelle. Ces précautions consistent dans l'inventaire que les tuteurs et curateurs sont tenus de faire dresser avant d'entrer en fonctions [1], dans la caution (*satisdatio*) qu'ils doivent fournir et qui fait l'objet spécial de ce titre, enfin dans le serment qu'ils prêtent d'administrer fidèlement [2].

PR.

289. Caution, mot qui dérive du latin *cavere*, *cautum*, se dit en général de toute sûreté ou garantie que l'on prend pour soi ou pour autrui. Une promesse verbale, un billet, une quittance, un gage, sont des cautions; le serment se nomme caution juratoire [3], et lorsqu'un fidéjusseur joint son obligation à celle du principal obligé, la caution qui résulte de ce double

(1) *Ulp. fr. 7, de admin. et peric.* — (2) *Justin. C. 13, § 1, arbitr. tut. Nov. 72. cap. ult.* — (3) *§ 2, de satisd.*

engagement s'appelle *satisdatio*, et c'est en cette forme que les tuteurs et curateurs doivent garantir *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*.

290. Les tuteurs et curateurs ne sont pas tous astreints à fournir cette satisdation. Sont exceptés d'abord les tuteurs testamentaires, parce que le choix du père garantit suffisamment leur fidélité ([1]). Les tuteurs et curateurs désignés par le père dans son testament, et confirmés par le magistrat, sont également dispensés par le même motif ([2]) ; mais cette faveur ne s'étend pas aux tuteurs et curateurs confirmés sur une autre désignation que celle du père de famille ([3]) [215].

En second lieu, les tuteurs et curateurs datifs, nommés *ex inquisitione* par les magistrats supérieurs, sont exemptés par un autre motif : en effet, l'enquête qui précède la nomination est considérée comme une garantie suffisante ([4]).

Les tuteurs légitimes sont généralement tenus de fournir caution, et néanmoins le père et le patron peuvent aussi être dispensés, en connaissance de cause, par le préteur ([5]).

§ I.

291. Quoique généralement dispensé, un tuteur ou curateur, donné, soit par testament, soit *cum inquisitione*, peut se trouver indirectement amené à donner caution : lorsqu'il existe plusieurs tuteurs ou curateurs, l'administration est ordinairement confiée à un seul, tandis que les autres sont tuteurs ou curateurs honoraires sans fonctions, mais toujours responsables ([6]). Il convient alors que celui qui doit administrer, et qu'on appelle tuteur onéraire, donne caution, sinon dans l'intérêt du pupille, que garantit déjà la responsabilité des tuteurs honoraires, du moins pour la sûreté de ces derniers [1005].

Toutefois ils n'ont aucun moyen de contraindre leur collègue à fournir cette caution ; mais ils peuvent offrir de prendre l'administration à sa place et de lui donner eux-mêmes caution pour le garantir de toute responsabilité. Dans ce cas, le tuteur onéraire a le choix, ou d'accepter la proposition ou de la rejeter ; et alors il ne conserve l'administration qu'en

([1]) *Text. hic ; Ulp. fr. 17, de test. tut.* — ([2]) *Julian. fr. 3, de confirm. tut.; Justin. C. 27, de episc. aud.; C. 7, § 5, de curat. fur.* — ([3]) *Papin. fr. 5, de confirm. tut.* — ([4]) *Text. hic ; Pap. fr. 13, § 2, de tut. et cur. dat.* — ([5]) *Papin. fr. 13, § 1, eod.; Ulp. fr. 5, § 1, de legit. tut.* — ([6]) *Ulp. fr. 3, §§ 2 et 6, de adm. et peric.*

remplissant lui-même la condition à laquelle se soumettaient ses collègues, c'est-à-dire en donnant caution.

292. Si personne n'offre caution, l'administration appartient à celui des cotuteurs qui est désigné, ou par le testament du père de famille, ou, à défaut de désignation testamentaire, par la majorité des tuteurs eux-mêmes, ou enfin, lorsque ceux-ci ne s'accordent point, par le magistrat (¹).

L'administration peut aussi être divisée entre les cotuteurs, soit par l'acte même de nomination [224], soit postérieurement sur la demande des cotuteurs qui prennent chacun des arrondissements ou des parties différentes (²), sans répondre, dans ce cas, les uns pour les autres (³).

§ III.

293. Si les tuteurs obligés de donner caution ne remplissent pas cette obligation, on peut les contraindre *pignoribus captis*, c'est-à-dire, suivant Théophile, en saisissant par ordre du magistrat une partie de leurs biens, que l'on retient en gage. Enfin, ceux dont la résistance n'a pas été domptée par cette première rigueur sont traités comme suspects (⁴).

§ II.

294. Les tuteurs et curateurs sont, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, responsables de leur gestion. Nous reviendrons plus tard [1098] sur les obligations qu'elle impose, soit à eux soit à leurs fidéjusseurs. Pour le moment, il s'agit de l'action à laquelle sont soumis les magistrats eux-mêmes, lorsqu'ils ont négligé de faire donner caution, ou lorsqu'ils ont admis une caution insuffisante; car le magistrat chargé de recevoir cette caution la reçoit à ses risques et périls si le tuteur se trouve insolvable à la fin de sa gestion (⁵).

D'après les réponses des prudents, et d'après les constitutions impériales (⁶), cette action qu'on appelle subsidiaire, parce qu'elle offre au pupille un dernier recours (*ultimum remedium*), se donne même contre les héritiers du magistrat. Cependant ils ne sont pas tenus, comme le serait le magistrat lui-même,

(¹) *Text. hic.* — (²) *Ulp. fr.* 3, § 9; *fr.* 4, *de adm. et peric.* — (³) *Tryph. fr.* 55, *eod. Alex. C.* 2, *de peric. tut.* — (⁴) *Alex. C.* 3, *de susp. tut.* — (⁵) *Paul. fr.* 53, *de adm. et peric.* — (⁶) *Text. hic; Ulp. fr.* 6, *de magistr. conv.*

de toute espèce de faute ; ils ne répondent que de ses fautes graves ([1]).

§ IV.

295. Ce texte, qui refuse l'action subsidiaire contre le préteur, et en général contre tout magistrat *cui tutores dandi jus est*, doit s'entendre seulement des magistrats supérieurs; car les magistrats inférieurs qui doivent exiger la caution sont soumis à l'action subsidiaire, lors même qu'ils sont compétents pour nommer les tuteurs ([2]).

([1]) *Ulp. fr.* 4, *eod.*; *Alex. C.* 1, *eod.* — ([2]) *Ulp. fr.* 2, § *ult.*; *Julian. fr.* 3, *de magistr. conv.*

TITRE XXV.

DES EXCUSES DES TUTEURS OU DES CURATEURS.

Les tuteurs et curateurs sont excusés pour différents motifs, et le plus souvent à raison du nombre de leurs enfants, fils de famille ou émancipés. En effet, lorsqu'on a des enfants vivants, au nombre de trois dans Rome, de quatre dans l'Italie, ou de cinq dans les provinces, on peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle, comme des autres charges; car la tutelle et la curatelle ont été déclarées charges publiques. Les enfants adoptifs ne comptent pas, mais les enfants donnés en adoption comptent à leur père naturel. Les enfants du fils comptent, en prenant la place de leur père; ceux de la fille ne comptent pas. On ne compte, pour excuser des fonctions de tuteur ou de curateur, que les enfants vivants, et non les enfants morts : cependant un

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis; plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum : nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia, non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt, sed si in bello amissi sunt, quæsitum est

an prosint? Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur; hi enim qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

1. Item divus Marcus in Semenstribus rescripsit, eum qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

2. Item qui reipublicæ causa absunt, a tutela vel cura excusantur; sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde reipublicæ causa abesse cœperint, a tutela vel cura excusantur, quatenus reipublicæ causa absunt, et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ : nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Responsorum rescripsit; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

3. Et qui potestatem habent aliquam, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed cœptam tutelam deserere non possunt.

4. Item propter litem quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit [1].

(1) Volumus... si quis obligatum habuerit minorem aut res ejus, hunc non om-

doute s'est élevé relativement à ceux qui périssent à la guerre, et l'on s'accorde à compter uniquement ceux qui périssent dans les rangs; ceux-là, en effet, meurent pour la patrie, et la gloire les rend immortels.

1. L'empereur Marc-Aurèle, dans ses Semestres, a décidé, que ceux qui administrent les biens du fisc peuvent, tant que dure leur administration, s'excuser de la tutelle ou de la curatelle.

2. Ceux qui sont absents pour service public sont excusés de la tutelle ou de la curatelle; ceux qui, étant déjà tuteurs ou curateurs, s'absentent pour service public, sont aussi excusés tant que le même service les retient absents. Dans l'intervalle ils sont remplacés par un curateur, et à leur retour ils reprennent la tutelle sans obtenir l'année de dispense. Telle est l'opinion de Papinien, écrite au livre V de ses Réponses : en effet, ce délai ne leur appartient que pour des tutelles nouvellement déférées.

3. Les personnes investies d'un pouvoir peuvent s'excuser, suivant le rescrit de Marc-Aurèle; mais elles ne peuvent abandonner une tutelle déjà commencée.

4. Les procès que le tuteur ou le curateur a contre le pupille ou l'adulte n'excusent personne; à moins que la contestation ne porte sur la totalité des biens ou sur une hérédité [1].

(1) Toute personne envers qui le mineur ou ses biens sont obligés, est totalement inadmis-

5. Trois tutelles ou curatelles non sollicitées servent de dispense, tant qu'on les administre. Toutefois la tutelle qui s'étend sur plusieurs pupilles, ou la curatelle de biens indivis, par exemple entre plusieurs frères, ne compte que pour une.

6. La pauvreté est aussi une excuse, pour quiconque justifie qu'on lui impose une charge trop lourde. Ainsi l'ont décidé, d'une part, les frères empereurs, et, d'autre part, l'empereur Marc-Aurèle.

7. La mauvaise santé, lorsqu'elle nous empêche de vaquer même à nos propres affaires, est un motif d'excuse.

8. Pareillement, ceux qui ne savent pas lire doivent être excusés, selon le rescrit d'Antonin le Pieux; bien qu'on puisse, même sans savoir lire, suffire à l'administration des affaires.

9. Lorsque c'est par inimitié qu'un tuteur a été nommé dans le testament du père, cette circonstance même fournit une excuse, et réciproquement, on n'excuse pas ceux qui ont promis au père des pupilles d'administrer la tutelle.

10. On n'admettra pas l'excuse de celui qui, pour unique motif, se dit inconnu au père des pupil-

sible à l'administration, quand même elle y serait appelée par la loi.

5. Item tria onera tutelæ non adfectatæ vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

6. Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

8. Similiter eum qui literas nesciret, excusandum esse divus Pius rescripsit, quamvis et imperiti literarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

9. Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem: sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserunt.

10. Non esse admittendam excusationem ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus pa-

pino ad curationem ejus, vel si a legibus vocetur, accedere. (Nov. 72, cap. 1.)

tri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.

11. Inimicitiæ quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare.

12. Item qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

13. Item major septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur.

A nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare; adeo ut nec excusationis opus fiat. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum erat incivile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

14. Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.

15. Item Romæ grammatici, rhetores et medici, et qui in patria sua id exercent et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.

16. Qui autem vult se ex-

les : ainsi le décide un rescrit des frères empereurs.

11. L'inimitié qu'on a montrée contre le père des pupilles ou des adultes, lorsqu'elle est capitale et qu'on ne s'est point réconcilié, excuse de la tutelle ou de la curatelle.

12. Lorsque le père des pupilles a contesté l'état d'une personne, elle est excusée de la tutelle.

13. Après l'âge de soixante-dix ans, on peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle. Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, anciennement on les excusait.

Mais notre constitution les empêche de prétendre à la tutelle ou à la curatelle : ils n'ont donc pas besoin d'excuse. Cette constitution porte également que le pupille ne sera point appelé à la tutelle légitime, non plus que l'adulte ; car, lorsqu'on a notoirement besoin d'un secours étranger pour la conduite de ses propres affaires, et lorsqu'on est soi-même sous la direction d'autrui, on ne peut raisonnablement devenir tuteur ou curateur de personne.

14. On observe la même règle à l'égard des militaires ; aussi ne sont-ils point admis, quand même ils le voudraient, aux fonctions de tuteur.

15. Les grammairiens, rhéteurs et médecins qui sont à Rome, ou qui exercent les mêmes professions dans leur patrie, et se trouvent dans le nombre fixé, sont exemptés de la tutelle ou de la curatelle.

16. Lorsqu'on veut s'excuser,

et lorsqu'on a plusieurs excuses dont quelques unes n'ont point été admises, on peut faire valoir les autres dans les délais fixés. Ceux qui veulent s'excuser ne doivent point appeler, mais présenter leurs excuses, de quelque classe qu'ils soient, c'est-à-dire de quelque manière qu'ils aient été nommés; et cela dans les cinquante jours continus depuis qu'ils ont appris leur nomination, lorsqu'ils demeurent à moins de cent milles du lieu où ils ont été nommés. Pour ceux qui habitent plus loin, on compte un jour par vingt milles, et trente jours en sus : toutefois, comme l'a dit Scévola, ces délais doivent se calculer de manière à ne pas laisser moins de cinquante jours.

cusare, si plures habeat excusationes et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos ex quo cognoverunt, excusare se debent, cujuscumque generis sunt, id est, qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari ne minus sint quam quinquaginta dies.

17. Le tuteur qu'on nomme est censé nommé pour la totalité du patrimoine.

17. Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

18. Après avoir géré une tutelle, on ne devient pas malgré soi curateur de la même personne; et quand même le père de famille, dans son testament, nommerait pour curateur celui qu'il a déjà nommé tuteur, ce dernier ne serait pas forcé de prendre la curatelle. Les empereurs Sévère et Antonin l'ont décidé par rescrit.

18. Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum ut, licet paterfamilias qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum divi Severus et Antoninus rescripserunt.

19. Ils ont aussi décidé que le mari, nommé curateur de sa femme, peut s'excuser, même après s'être immiscé.

19. Iidem rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.

20. Celui qui, par de fausses allégations, parvient à s'excuser d'une tutelle, n'en est pas déchargé.

20. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, non est liberatus onere tutelæ.

EXPLICATION.

296. Tout citoyen a des devoirs à remplir envers l'Etat, et chacun doit remplir, même au préjudice de son intérêt privé, les charges que l'on appelle publiques, soit parce qu'elles sont établies dans un intérêt général, soit parce qu'elles pèsent sur tous les citoyens, sans que personne en soit dispensé autrement que par un motif légal (1). La tutelle et la curatelle sont des charges publiques (*publicum munus*) sous ce dernier rapport seulement; car elles n'exigent aucun sacrifice pécuniaire de la part du tuteur ou curateur. A la vérité, ils gèrent gratuitement, mais on leur accorde une action pour le remboursement de leurs avances [1099].

Ce titre se divise naturellement en deux parties : la première contiendra l'explication de plusieurs règles communes à toutes les excuses, et la seconde, l'énumération des différentes causes qui permettent aux tuteurs et aux curateurs de s'excuser.

PREMIÈRE PARTIE.

§ XVI.

297. S'excuser, c'est réclamer devant le magistrat pour être dispensé de prendre ou de continuer les fonctions de tuteur ou de curateur. Chacun peut en général renoncer à tous les droits introduits en sa faveur, et par conséquent à un moyen d'excuse; mais après y avoir renoncé, soit expressément, en promettant d'avance, au père de famille, de gérer la tutelle de ses enfants (2), soit tacitement, en s'immisçant dans la gestion (3), ou en laissant écouler le temps fixé pour se faire décharger (4), on n'est plus admis à se prévaloir du droit abandonné. Toutefois celui qui a plusieurs motifs, et qui n'en fait d'abord valoir qu'une partie, ne renonce point aux autres : aussi après le rejet d'une première excuse, rien ne l'empêche-t-il d'en présenter une seconde, si les délais ne sont pas expirés (5).

298. Ces délais commencent à courir du jour où les tuteurs et curateurs ont connu leur nomination (6). Ils sont de cinquante

(1) *Pomp. fr.* 239, § 3, *de verb. signif.* — (2) § 9, *h. t. Ulp. fragm. vatic.*, § 153. — (3) *Ulp. ibid.*, § 155; *Philip. C. si tut. vel curat. fals.* — (4) *Ulp. ibid.; Modest. fr.* 13, § 1, *h. t.* — (5) *Text. hic; Marcian. fr.* 21, § 1; V. *Modest. d. fr.* 13, § 18, *h. t.* — (6) *Text. hic; Ulp. fragm. vatic.*, § 150.

jours comptés de suite sans en retrancher aucun, autrement dit, jours continus (*continuos*), par opposition aux jours utiles qui se comptent en déduisant tous ceux où la partie intéressée n'a pas *experiundi potestatem*, notamment ceux où le magistrat ne donne pas audience (1).

Le délai augmente à raison des distances pour celui qui demeure à plus de cent milles du lieu où les fonctions sont déférées : on donne alors trente jours fixes, plus un jour par vingt milles. Ce calcul, comme il est facile de le voir, ne profite aux tuteurs et curateurs qu'autant qu'ils demeurent à plus de quatre cents milles; parce qu'alors ils peuvent, aux trente jours fixes, ajouter, en raison de la distance, plus de vingt jours. Au surplus, cette manière de compter ne préjudicie à personne, car on ne donne jamais moins de cinquante jours (2).

299. Le moyen ordinaire pour faire réformer la sentence d'un magistrat ou d'un juge est de la dénoncer à une autorité supérieure. C'est ce qu'on nomme appeler. Les tuteurs légitimes ou testamentaires n'ont pas d'appel à exercer, puisqu'ils ne sont pas nommés par sentence. Ce n'est pas non plus par voie d'appel que les tuteurs et curateurs datifs doivent se pourvoir ; ils s'excusent devant le magistrat qui les a nommés, sauf à interjeter appel de sa sentence si l'excuse est rejetée (3).

§ XVII.

300. L'administration du tuteur s'étend à tout le patrimoine; il devrait donc régulièrement s'excuser pour le tout et non pour partie. Mais de même que l'administration peut, en certains cas, se diviser [224], on peut aussi s'en exempter pour partie, par exemple, lorsque les biens sont situés dans des provinces différentes (4).

§ XX.

301. La chose jugée est, en général, tenue pour vraie [1333]; cependant une sentence rendue sur de faux motifs peut être rescindée (5).

Nous avons vu précédemment une exception [94]. Ici se présente une exception directement contraire ; car, sans qu'il soit

(1) *Ulp. fr. 1, de divers. temp. præscript.* — (2) *Text. hic : Modest. fr. 13, § 2, h. t.* — (3) *Text hic ; Ulp. fr. 1, § 1, quand. appell.* — (4) *Marcian. fr. 21, § 2 ; Ulp. fr. 19, h. t.; fragm. vatic., § 147.* — (5) *Callistr. fr. 33, de re. judic.*

besoin d'aucune rescision, la sentence rendue sur de faux motifs est nulle, en ce sens que celui qui l'a obtenue, et qui, par suite, n'est plus ni tuteur ni curateur, supporte cependant toute la responsabilité que lui imposait l'une ou l'autre de ces qualités (1). C'est une faveur accordée aux personnes qui sont en tutelle ou en curatelle.

SECONDE PARTIE.

302. Les motifs d'excuse sont très nombreux, et la plupart d'entre eux dispensent de la tutelle et de la curatelle, parce qu'ils dispensent des charges publiques en général (*exemplo ceterorum munerum*). Les principaux sont rapportés dans ce titre, et leur énumération admet différentes classifications : car 1° ils sont presque tous communs aux tuteurs et curateurs, tandis que quelques uns seulement sont particuliers à la curatelle [311 et 313] ; 2° certaines excuses dispensent pour toujours, d'autres pour un certain temps ; 3° les unes permettent simplement de ne pas prendre la gestion, les autres permettent de déposer une administration commencée ; 4° il en est que le juge doit nécessairement admettre, comme les excuses fondées sur le nombre des enfants, sur l'âge, etc. ; il en est d'autres, au contraire, qu'il peut admettre ou rejeter en les appréciant d'après les circonstances, comme les excuses fondées sur une maladie, sur la pauvreté, sur l'inimitié, etc. Enfin on distingue les excuses volontaires ou excuses proprement dites des excuses nécessaires, qui sont de véritables incapacités [317].

Je rangerai les excuses, dont parle ici Justinien, en trois classes, d'après les causes qui les ont fait admettre.

PREMIÈRE CLASSE.

Excuses fondées sur un privilége accordé à raison du nombre des enfants, de certaines fonctions ou de certaines professions.

PR.

303. TRES ROMÆ, IN ITALIA QUATUOR, etc. Ces distinctions sont un vestige des anciennes différences entre Rome, l'Italie et les provinces [454] ; mais nulle part le nombre des

(1) *Text. hic, Paul. fr. 60, de nupt. V. Alex. C. 1, si tut. vel curat. fals.*

enfants n'excuse un père de la tutelle ou curatelle de ces mêmes enfants (1).

Ce privilége accordé, comme plusieurs autres, pour favoriser l'accroissement de la population, résulte, indépendamment de la puissance paternelle (*sive in potestate... sive emancipati*), du nombre d'enfants légitimes (2) dont un citoyen enrichit l'Etat. Aussi les enfants émancipés ne cessent-ils pas de compter à l'émancipateur, non plus que les adoptés à leur père naturel; tandis que les enfants conçus ne contribuent à faire exempter leur père, soit de la tutelle, soit de toute autre charge civile (3), qu'après leur naissance.

Les petits-enfants comptent à l'aïeul paternel, aux lieu et place de leur père décédé; mais ils ne comptent pas à leur aïeul maternel, sans doute parce qu'ils ne doivent pas servir à excuser deux personnes.

Notre texte reproduit, sur les enfants morts *in acie*, une décision contraire à celle d'Ulpien (4), qui voulait compter tous les enfants morts à la guerre; et cependant, chose bizarre, c'est sous le nom d'Ulpien que Justinien consacre, au Digeste (5), l'opinion que ce jurisconsulte combattait.

C'est une question de savoir si l'excuse résultant du nombre des enfants a été accordée par la loi Papia Poppæa, comme le croit Heineccius, ou par les constitutions (6)?

§ I.

304. On excuse ceux qui administrent *res fisci*, c'est-à-dire le domaine du prince, distinct du trésor public, que l'on appelait *ærarium*, et qui, sous les derniers empereurs, a été confondu avec le fisc proprement dit. Cette excuse temporaire finit avec les fonctions de l'administrateur (*quamdiu administrant*).

Les Semestres (*in Semenstribus*) étaient un recueil de constitutions émanées de Marc-Aurèle (7), et ainsi nommé, soit parce que les constitutions s'y trouvaient classées par semestres, soit à cause des conseils que Marc-Aurèle tenait de six mois en six mois.

§ II.

305. Ceux qui s'absentent *reipublicæ causa* sont excusés

(1) *Paul. fr.* 36, § 1, *h. t.* — (2) *Ulp. fragm. vatic.* §§ 168 *et* 194; *Modest. fr.* 2, § 23, *h. t.* — (3) *Modest. fr.* 2, § 6, *h. t.*; *Ulp. fr. vatic.* § 195. — (4) *Ibid.* § 119. — (5) *Fr.* 18, *h. t.* — (6) *V. fr. vatic.*, §§ 168, 191 *et seqq.* — (7) *Tryph. fr.* 46. *de pact.*

jusqu'à leur retour, et reprennent ensuite la gestion qu'ils n'ont pu interrompre que pendant leur absence, *quatenus absunt* (1). Quant aux autres tutelles qui leur seraient déférées dans l'année qui suit leur retour, ils peuvent se dispenser de les prendre. C'est en ce sens qu'ils ont *anni vacationem* (2).

§ III.

306. Sont aussi excusés, pendant la durée de leurs fonctions, mais sans pouvoir se démettre d'une charge antérieure (3), ceux qui ont *potestatem aliquam*, c'est-à-dire les magistrats, et même les magistrats municipaux (4); quoique dans une acception plus étroite, POTESTAS désigne spécialement l'autorité des gouverneurs de province et autres magistrats supérieurs, qui ont l'*imperium* proprement dit pour sévir contre les malfaiteurs (5).

Potestas semble pris ici par opposition aux dignités, qui n'excusent personne (6).

§ XV.

307. Les empereurs, et notamment Antonin le Pieux, ont excusé les grammairiens, les rhéteurs et les médecins, lorsqu'ils enseignent ou exercent, soit dans leur patrie, soit à Rome, qui est la patrie commune (7). Chaque cité, suivant son importance, excuse dans les professions ci-dessus désignées un nombre de personnes strictement limité (8). Il faut donc se trouver *intra numerum*.

On excuse aussi les philosophes, c'est-à-dire les sages qui, sincèrement détachés des richesses et de la fortune, se soumettent spontanément aux charges publiques, sans qu'il soit nécessaire de les y astreindre. Comme ces vrais philosophes sont rares, on les excuse tous sans limitation de nombre (9).

(1) *Text. hic; Ulp. fr. vatic.* §§ 135 *et* 222. — (2) *Modest. fr.* 10, *pr. et* § 2, *h. t.* — (3) *Text. hic; Callistr. fr.* 17, *h. t.* — (4) *Modest. fr.* 6, § 16, *h. t.* — (5) *Paul. fr.* 215, *de verb. signif.; Ulp. fr.* 3, *de jurisd.* — (6) *Modest. fr.* 15, § 2, *h. t.* — (7) *Modest. fr.* 6, § 11, *h. t.* — (8) *Modest. d. fr.* 6, §§ 1, 2, 3, 4, 9 *et* 11, *h. t.* — (9) *Modest. fr.* 5, §§ 5, 7 *et* 8, *h. t.; Diocl. et Max. C.* 6, *de muner. patrim.; Valent. C.* 8, *de profess.*

DEUXIÈME CLASSE.

Excuses fondées sur le danger que pourrait avoir la gestion des personnes dont on redoute l'intimité ou l'influence.

§ IV.

308. Les procès que le pupille a contre son tuteur, ou réciproquement, ne sont une cause d'excuse que lorsqu'ils ont une grande importance, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une hérédité ou d'un patrimoine qui se trouve compromis, sinon en totalité (*de universis bonis*), du moins en majeure partie ([1]). Dans ce cas, les tuteurs et curateurs peuvent et doivent même s'excuser, pour n'être pas écartés ([2]).

Les créanciers et les débiteurs du pupille n'étaient pas excusés. Justinien a fini par les déclarer tous incapables, à l'exception de la mère [271].

§§ IX et X.

309. Les tuteurs testamentaires sont excusés par cela seul qu'on les aurait nommés *propter inimicitias*. Le père de famille peut sans doute nommer qui bon lui semble, mais ce pouvoir est accordé à son affection pour ses enfants, et non à la malveillance qui l'animerait contre le tuteur ([3]). Au surplus, le testateur qui nomme une personne dont il a sujet de se plaindre n'est pas présumé agir par inimitié ; son choix peut même être considéré comme une preuve de confiance, et conséquemment d'un retour à des dispositions meilleures ([4]).

Se dire inconnu au testateur, c'est écarter le soupçon de toute inimitié dans le choix qu'il a fait. Aussi Marc-Aurèle, autrement appelé Marc-Antonin ou Antonin le Philosophe, et son frère adoptif Lucius Verus (*divi fratres*), n'ont-ils pas admis ce moyen d'excuse ([5]).

§§ XI et XII.

310. L'inimitié du tuteur, contre le père du pupille, est aussi une cause d'excuse dont le tuteur se prévaut, comme dans le cas de procès, pour éviter les soupçons auxquels il

([1]) *Marcian. fr.* 21, *h. t.* — ([2]) *Julian. fr.* 20, *h. t.* V. *Ulp. fragm. vatic.* § 139. — ([3]) *Alex. C. si propt. inimic.* — ([4]) *Modest. fr.* 6, § 17, *h. t.* — ([5]) *Modest. fr.* 15, § 14, *h. t.*

serait probablement exposé [1]. Cette excuse suppose une inimitié capitale [2], par exemple si le père du pupille a soulevé contre le tuteur une question d'état, *status controversiam* [3], en lui contestant la qualité d'homme libre, contestation que l'on considère comme aussi grave qu'une accusation capitale [4].

Dans tous les cas, la réconciliation anéantit l'excuse.

311. Le mari, s'il devenait curateur de son épouse, abuserait peut-être de son influence sur elle pour ne lui rendre aucun compte. Aussi lui défend-on d'avoir son épouse en curatelle [5], comme on défend au tuteur d'épouser la femme dont il a géré la fortune [152]. De là vient que le mari peut s'excuser, même après avoir commencé à gérer (*licet se immisceat*) ; ce qu'il ne pourrait pas faire si, au lieu d'une véritable incapacité, il n'existait ici qu'une simple excuse, à laquelle on est présumé renoncer lorsqu'on s'immisce dans la gestion [297].

TROISIÈME CLASSE.

Excuses fondées sur la nécessité de proportionner les charges aux facultés de chaque personne.

§ V.

312. Trois tutelles ou curatelles, administrées par le père ou par ses enfants sous sa responsabilité, le dispensent temporairement (*quamdiu administrantur*), lui et les fils de famille soumis à sa puissance [6], pourvu qu'elles soient *non affectatæ*. Ainsi, les charges que le tuteur ou curateur a recherchées, et celles dont il a négligé de s'excuser, lorsqu'il pouvait le faire, ne sont pas comptées [7]. Du reste, on considère bien moins le nombre des pupilles que les difficultés de la gestion, et le nombre des patrimoines administrés séparément : plusieurs frères, dont les biens sont indivis (*eorumdem bonorum*), comptent pour une seule tutelle [8], et réciproquement, la tutelle d'un seul pupille suffit pour excuser, lorsque l'administration est compliquée [9].

(1) *Ulp. fr.* 3, § 12, *de susp. tut.* — (2) § 11, *h. t.*; *V. Paul.* 2 *sent.* 27, § 1. — (3) § 12, *h. t. V. Modest. fr.* 6, § 18, *h. t.* — (4) *Ulp. fr.* 14, *de bon. libert.* — (5) *Ulp. fragm. vatic.* § 201. — (6) *Ulp. fragm. vatic.* § 128; *fr.* 5, *h. t.* — (7) *Ulp. fragm. vatic.* § 188 ; *Modest. fr.* 15, § 15, *h. t.* — (8) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 3, *h. t.*; *Paul. fragm. vatic.* § 231. — (9) *Paul. fr.* 31, *h. t.*

§ XVIII.

313. Un tuteur ingénu ne devient pas malgré lui curateur de la même personne (1), si toutefois la tutelle a été *non affectata* (2).

Les affranchis, au contraire, ne jouissent ni de cette excuse ni d'aucune autre envers les enfants de leur patron (3).

§§ VI et VII.

314. Il serait inique d'occuper gratuitement l'homme qui a besoin de son travail pour vivre. Aussi la pauvreté, qui n'est pas un moyen d'exclusion [318], fournit-elle une excuse à ceux pour qui la tutelle serait une charge trop pesante, *imparem oneri* (4).

Par la même raison, les maladies qui empêchent une personne de suffire à ses propres affaires, l'excusent pour un temps ou pour toujours, suivant que le mal est temporaire ou perpétuel (5). Les maladies autorisent même à déposer une administration commencée (6).

§ VIII.

315. Ceux qui ne savent pas lire (*imperiti literarum*) sont quelquefois très-capables d'administrer, et alors on ne les excuse pas (7). Dans le cas contraire, l'ignorance fournit, comme les maladies, une excuse qui dépend beaucoup des circonstances (8).

§ XIII.

316. La vieillesse est, pour les septuagénaires (9), une cause d'excuse, comme les maladies, sauf cette différence, que l'âge n'autorise pas à déposer une ancienne tutelle (10).

Les mineurs de vingt-cinq ans n'étaient point incapables, mais seulement excusables, quoiqu'on ne les excusât pas toujours (11). Justinien (12) les rend inadmissibles à toute tutelle

(1) *Text. hic; Paul.* 2 *sent.* 27, § 2, *Diocl. et Max. C.* 20, *h. t.* — (2) *Ulp. fragm. vatic.* § 188. — (3) *Alex. C.* 5, *h. t.* — (4) § 6, *h. t.*; V. *Ulp. fragm. vatic.* § 240; *Paul. ibid.* §§ 243 et 244. — (5) *Modest. fr.* 12, *h. t.* — (6) *Ulp. frag. vatic* §§ 129, 130, 238, 239. — (7) *Text. hic; Modest. fr.* 6, § 19, *h. t.* — (8) *Paul. fragm. vatic.* § 244. — (9) *Text. hic; Modest. fr.* 2, *h. t.* — (10) *Ulp. fragm. vatic.* § 233. — (11) *Text. hic; Ulp. fragm. vatic.* §§ 151 et 223; *Modest. fr.* 10, *h. t.* — (12) *Text. hic; pr. de fiduc. tut.; C.* 5, *de tutel.*

ou curatelle, et spécialement à la tutelle légitime (*nec ad legitimam tutelam*), que précédemment on déférait aux adolescents et même aux impubères [250].

§ XIV.

317. Les militaires ont toujours été incapables de toute tutelle ou curatelle ([1]); mais les vétérans, n'étant plus militaires, sont simplement excusables pour toute tutelle ou curatelle qui ne concerne pas les enfants d'un autre militaire ([2]).

Sont pareillement incapables les esclaves, et, sauf quelques exceptions, les femmes ([3]).

La démence, le mutisme et la surdité sont des maladies, et par conséquent une cause d'excuse ([4]), plutôt qu'une incapacité proprement dite, surtout pour la tutelle légitime ([5]). Toutefois l'excuse qui, selon toute vraisemblance, était souvent indispensable ([6]), s'est convertie, sous Justinien, en véritable incapacité ([7]).

([1]) *Text. hic; Anton. C.* 8, *de legal.; Philip. C.* 4, *qui dar. tut.* — ([2]) *Modest. fr.* 8, *h. t.* — ([3]) *Gaius et Nerat. fr.* 16 *et* 18; *de tut. Dioc. et Max. C.* 7, *qui dar. tut.* — ([4]) *Paul. fragm. vatic.* § 238; *Modest. fr.* 40, *h. t.; Philip. C.* 2, *qui morb. se excus.* — ([5]) *Gaius*, 1 *inst.* 180; *Ulp.* 11 *reg.* 21. — ([6]) *Paul. fr.* 32, *de test. tut.; Modest. fr.* 12, *h. t.* — ([7]) § 2, *qui test. tut. dar.; Paul. fr.* 1, §§ 2 *et* 3, *de tutel.; Hermog. fr.* 10, § 1, *de legit. tut.*

TITULUS XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

Sciendum est suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere.

1. Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis.

2. Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et quidem omnes tutores possunt, sive testa-

TITRE XXVI.

DES TUTEURS ET DES CURATEURS SUSPECTS.

Le droit d'accuser un suspect vient de la loi des Douze Tables.

1. Le droit d'écarter les tuteurs suspects a été donné, à Rome, au préteur; dans les provinces, aux présidents et au lieutenant du proconsul.

2. Nous avons indiqué ceux qui peuvent informer contre le suspect: voyons maintenant ceux qui peuvent devenir tels. Tous les tuteurs, testamentaires ou autres,

peuvent devenir suspects : ainsi, le tuteur légitime lui-même peut être accusé. Et s'il s'agit d'un patron? Il en est encore de même, pourvu qu'on n'oublie pas de ménager sa réputation, quoiqu'on l'écarte comme suspect.

mentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores : quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum : dummodo meminerimus famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

3. Examinons maintenant par qui peut être accusé le suspect. On saura que cettè action est considérée comme publique, c'est-à-dire qu'elle est ouverte à chacun. Bien plus, un rescrit des empereurs Sévère et Antonin y admet les femmes, mais seulement celles que guide un sentiment d'affection, par exemple la mère. La nourrice et l'aïeule peuvent également accuser, ainsi que sa sœur. A l'égard de toute autre femme, le préteur lui permettra d'accuser, s'il reconnaît que, sans sortir des bienséances de son sexe, elle obéit à une affection qui ne tolère pas la ruine des pupilles.

3. Consequens est ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed eæ solæ quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

4. Les impubères ne peuvent poursuivre leurs tuteurs comme suspects; mais les pubères peuvent, d'après l'avis de leurs parents, accuser leurs curateurs : ainsi le décide un rescrit des empeurs Sévère et Antonin.

4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

5. Est suspect celui qui ne gère pas fidèlement la tutelle, quelle que soit sa solvabilité, comme l'écrit aussi Julien; et même avant d'avoir commencé sa gestion, le tuteur peut être écarté comme

5. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque rescripsit; sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi sus-

pectum removeri idem Julianus rescripsit, et secundum eum constitutum est.

6. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est : si ob culpam, non æque.

7. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

8. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

9. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur, et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

10. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbis puniendum placuit : sicut ille remittitur, qui data pecunia ministeriis tutelam redemit.

11. Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbis remittitur puniendus.

suspect, suivant l'opinion du même Julien, confirmée par une constitution.

6. Le suspect écarté pour dol encourt l'infamie; pour faute, il n'en est pas de même.

7. Lorsqu'une personne est poursuivie comme suspecte, on lui interdit l'administration pendant toute la durée de l'instruction. Tel est l'avis de Papinien.

8. L'instruction, commencée contre le tuteur et le curateur suspect, s'éteint lorsque celui-ci décède.

9. Si le tuteur ne comparaît pas pour faire fixer les aliments du pupille, un rescrit de Sévère et Antonin porte que le pupille sera envoyé en possession des biens du tuteur, et que les choses susceptibles de dépérir seront vendues après nomination d'un curateur. On peut donc écarter comme suspect celui qui ne fournit pas les aliments.

10. Mais si le tuteur comparaît, et prétend que la pauvreté du pupille empêche de fixer les aliments, en cas de mensonge, il sera renvoyé, pour être puni, devant le préfet de la ville, comme on y renvoie quiconque aurait payé les subalternes pour racheter la tutelle.

11. L'affranchi convaincu d'avoir frauduleusement géré la tutelle des enfants ou petits-enfants de son patron, est également renvoyé, pour être puni, devant le préfet de la ville.



12. On saura enfin que les tuteurs ou curateurs qui administrent frauduleusement, doivent être écartés, lors même qu'ils offrent caution; car la caution, loin de changer l'intention malveillante du tuteur, lui fournit l'occasion de dilapider plus longtemps le patrimoine.

13. En effet, c'est la conduite du tuteur ou du curateur qui nous le rendent suspect; un homme pauvre, s'il est d'ailleurs fidèle et actif, ne doit pas être écarté comme suspect.

12. Novissime sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiamsi satis offerant, removendos a tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat; sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.

13. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est ut suspectus sit: enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

EXPLICATION.

§§ V, XII et XIII.

318. Les tuteurs et curateurs qui, dans leur gestion, commettent des fraudes ou des fautes graves ([1]), deviennent suspects et doivent être accusés comme tels ([2]), malgré les garanties pécuniaires que présentent leur fortune ou la caution qu'ils pourraient offrir ([3]). Réciproquement un homme pauvre, mais fidèle et diligent, ne sera point suspect : car il faut considérer la conduite et les mœurs du tuteur plutôt que sa fortune ([4]).

Julien décidait même que les tuteurs peuvent devenir suspects avant toute gestion, d'après leur conduite antérieure, et plusieurs constitutions ont statué dans ce sens ([5]) contre l'opinion d'Ulpien ([6]). Ce jurisconsulte décide, comme Julien, qu'il faut écarter, d'après leurs antécédents, les hommes dont on ne peut attendre qu'une mauvaise gestion ; mais il pense qu'on doit les repousser sans les accuser dès à présent comme suspects, de même qu'on repousse les ennemis du pupille ou de

([1]) § 5, *h. t.*; *Ulp. fr.* 7, § 1, *h. t.* — ([2]) *Pr. et* § 3, *h. t.* — ([3]) §§ 2 *et* 12, *h. t.*; *Ulp. fr.* 5, *h. t.* — ([4]) § 13, *h. t.*; *Ulp. fr.* 8, *h. t.* — ([5]) § 5, *h. t.*; *Anton. C.* 2; *Alex. C.* 3, *h. t.* — ([6]) *Fr.* 3, § 5; *fr.* 4, § 4, *h. t.*

sa famille, et en général tous ceux à qui le préteur croit, par de justes motifs, ne devoir pas confier l'administration (1).

319. On écarte encore de la gestion, soit purement et simplement, soit en leur adjoignant un curateur pour administrer à leur place [285], mais toujours sans nuire à leur considération, les personnes qui n'ont pas l'activité, l'expérience ou l'instruction nécessaire (2), notamment celles que la pauvreté empêche de trouver une caution (3).

PR. et § I.

320. Il existe contre les tuteurs et curateurs suspects une accusation dont l'origine remonte à la loi des Douze Tables (4), et dont la connaissance exclusive appartient à certains magistrats (5) qui peuvent aussi informer d'office, sans qu'il se présente aucun accusateur (6).

Ces magistrats sont, à Rome, le préteur, et, dans chaque province, le gouverneur ou même son lieutenant, lorsque le gouverneur a délégué la juridiction dans laquelle se trouve comprise le droit d'écarter les suspects (7). C'est ainsi que ce droit peut être exercé par le lieutenant du proconsul (8).

Le préteur est compétent à Rome pour écarter les suspects, non pour leur infliger une peine proprement dite. Aussi ces derniers, lorsqu'ils doivent être punis, sont-ils renvoyés devant le préfet de la ville (9), auquel appartient la connaissance de tous les crimes commis dans Rome et dans l'Italie proprement dite, qui s'étendait seulement jusqu'au centième mille autour de Rome (10); mais, en dehors de ce rayon, le gouverneur de la province ou son lieutenant sont compétents pour punir comme pour écarter les suspects (11).

§§ VI et VII.

321. Pendant le cours du procès intenté au suspect, et par cela seul qu'on informe contre lui, l'administration lui est interdite (12). S'il est écarté, comme coupable de dol, la sentence emporte une note d'infamie qui n'existe pas contre le tuteur

(1) *Ulp. fr.* 3, § 12, *h. t.* — (2) *Ulp. d. fr.* 3, § 18; *fr.* 4, *h. t.* — (3) *Valer. et Gall. C.* 2, *si tut. vel. curat. satis.* V. *Alex. C.* 1, *de peric. tut.* — (4) *Pr., h. t.* — (5) *Marcian. fr.* 1, § 11, *ad sc. turpil.* — (6) *Ulp. fr.* 3, § 4, *h. t.* — (7) *Ulp. fr.* 1, §§ 3 et 4, *h. t.* — (8) § 1, *h. t.* — (9) §§ 10 et 11, *h. t.* — (10) *Ulp. fr.* 1, *pr.* et § 4, *de offic. præf. urb.* — (11) *Alex. C.* 20, *de admin. tut.* — (12) § 7, *h. t.*; *Ulp. fr.* 14, § 1, *de solut.*

écarté comme coupable de faute, c'est-à-dire de simple négligence [1].

§ II.

322. La gravité de ces conséquences a fait douter si les tuteurs sont tous indistinctement soumis à cette accusation. Justinien répond affirmativement, d'après Ulpien [2], pour les tuteurs légitimes et même pour le patron. Cependant lorsqu'on accuse ce dernier, on ménage sa réputation ; on a soin de ne pas exprimer, comme on le fait ordinairement, les motifs de la sentence [3], afin qu'il puisse éviter l'infamie que tout autre subirait.

Ces ménagements sont une conséquence du respect que les affranchis doivent à leur patron, et qui les empêche d'intenter contre lui une action infamante [4]. Quant aux tuteurs légitimes, en général, nous avons déjà vu [285], que dans les mêmes cas où d'autres tuteurs seraient écartés comme suspects, on se contente souvent de leur adjoindre un curateur.

§§ IX, X et XI.

323. Quoique l'accusation dirigée contre les tuteurs ou curateurs suspects ne soit pas précisément une poursuite criminelle, puisqu'elle ne tend pas à les faire punir, elle a cependant plusieurs règles communes avec les *judicia publica*. Aussi cette accusation est-elle *quasi publica*, en ce sens qu'elle est ouverte à tous les citoyens [5], et même aux femmes qui, en général, ne sont admises comme accusatrices que pour venger leur propre injure ou la mort de leurs proches [6]. Ici, au contraire, les femmes sont toutes admises indépendamment de la parenté, et indépendamment de l'affection qu'elles portent au pupille, pourvu qu'elles ne sortent pas des bornes que la bienséance impose à leur sexe [7].

Ce droit, qui appartient à chacun d'accuser un tuteur ou un curateur suspect, devient pour leurs collègues un devoir que ceux-ci ne peuvent négliger sans engager leur responsabilité [8].

En sens inverse, les impubères que l'on admet quelquefois,

(1) § 6, *h. t.; Diocl. et Max. C.* 9, *h. t.* — (2) *fr.* 1, § 6, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 2, *h. t.* — (4) *Alex. C.* 1, *si tut. vel. curat. non gess.* — (5) § 3, *h. t.;* V. § 1, *de publ. jud.* — (6) *Macer. fr.* 8 *et* 11, *de acus.* — (7) § 2, *h. t.; Ulp. fr.* 1, § 7, *h. t.* — (8) *Ulp. fr.* 3, § 2 ; *fr.* 7, § 14 ; *de admin. et peric.*

et par exception, comme les femmes, à suivre une accusation criminelle [1], ne peuvent accuser leurs tuteurs comme suspects; et si les mineurs de vingt-cinq ans peuvent, après la puberté, accuser leur curateur, ce n'est qu'avec l'assentiment de leurs plus proches parents [2].

§ VIII.

324. Les poursuites criminelles s'éteignent, en général, par la mort de l'accusé, qui ne peut plus être puni [816]. L'accusation dirigée contre le suspect s'éteint aussi par sa mort, non parce que son décès le soustrait à une peine que cette accusation ne poursuit pas, mais parce qu'il fait cesser la tutelle, et remplit ainsi le véritable but de l'accusation, qui est d'écarter le suspect. Ajoutons donc, pour être exact, que cette accusation s'éteint, dans tous les cas où finit la tutelle [3], et sans doute aussi la curatelle.

§§ IX, X et XI.

325. Nous avons déjà vu [225] que le préteur désigne, suisuivant l'âge et la condition des pupilles, la personne à qui ces derniers seront confiés pour être élevés chez elle et par ses soins [4]. Dans ce cas, le tuteur reste spécialement chargé de pourvoir aux frais de nourriture, d'habillement, de logement, d'instruction, etc. [5]; en un mot, de fournir les aliments jusqu'à concurrence du taux que le préteur fixe d'après la fortune du pupille, et de manière à ne pas absorber les revenus, surtout lorsqu'ils sont considérables [6].

Pour statuer à cet égard, le préteur doit s'enquérir de la fortune du pupille, et préalablement se faire remettre par le tuteur un état des sommes que ce dernier aurait entre ses mains [7].

Or on prévoit ici que le tuteur se fera celer, se rendra inabordable (*copiam sui non faciat*) pour empêcher toute allocation. Dans ce cas, il sera destitué comme suspect [8], et le pupille obtiendra, sur les biens du tuteur, un envoi en possession dont la nature sera expliquée plus loin [934]. Si, au contraire,

(1) *Macer. fr.* 8 *et* 11, *de acus.* — (2) § 4, *h. t.*; *Ulp. fr.* 7, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 11, *h. t.*; *Anton. C.* 1, *h. t.* — (4) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *ubi pupil.* — (5) *Ulp. fr.* 3, §§ 2 *et* 5, *eod.* — (6) *Ulp. fr.* 3, *pr.*, §§ 1, 2 *et* 3, *eod.* — (7) *Ulp. fr.* 3, § 4, *eod.* — (8) § 9, *h. t.*; *Ulp. fr.* 7, § 3; *fr.* 3, § 14, *h. t.*

le tuteur se présente, et soutient par une fausse déclaration que le pupille n'est pas assez riche pour qu'on puisse lui allouer des aliments ; alors il doit être renvoyé, à cause du mensonge, devant le préfet, pour être puni comme le sont quelquefois certains tuteurs que le texte désigne suffisamment [1].

[1] § 10, *in fin.*; § 11, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 1, § 8 ; *fr.* 2 ; *fr.* 3, §§ 15 *et* 16, *h. t.*

LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

DE DIVISIONE RERUM ET QUALITATE.

Superiore libro de jure personarum exposuimus : modo videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aer, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat; quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

2. Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

3. Est autem litus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

4. Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis : itaque

LIVRE DEUXIÈME.

TITRE I.

DE LA DIVISION ET DE LA QUALITÉ DES CHOSES.

Dans le livre précédent, nous avons traité du droit des personnes : parlons maintenant des choses qui sont ou dans notre patrimoine, ou hors de notre patrimoine. Les unes, en effet, sont, par le droit naturel, communes à tous; d'autres sont publiques, d'autres appartiennent à une corporation, d'autres n'appartiennent à personne : la plupart sont à des particuliers, et chacun les acquiert de différentes manières, comme on le verra plus bas.

1. Sont communs à tous, d'après le droit naturel, l'air, l'eau courante, la mer et par suite ses rivages. Aussi l'accès du rivage n'est-il interdit à personne, pourvu qu'on respecte les habitations, les monuments et les édifices, parce qu'ils ne sont pas du droit des gens comme la mer.

2. Les fleuves et les ports sont tous publics; aussi le droit d'y pêcher est-il commun à tous.

3. Le rivage de la mer comprend tout l'espace que couvre la plus forte marée d'hiver.

4. L'usage des rives est également public et du droit des gens, comme celui du fleuve. Chacun est

donc libre d'y faire aborder un bateau, d'amarrer son câble aux arbres qu'elles nourrissent, d'y déposer son chargement, comme de naviguer sur le fleuve; mais la propriété des rives appartient à celui dont elles bordent l'héritage, et par suite, c'est à lui qu'appartiennent aussi les arbres nés sur la rive.

navem ad eas adplicare, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est quorum prædiis hærent : qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt.

5. L'usage des rivages est également public et du droit des gens, comme celui de la mer elle-même; ainsi chacun est libre d'y poser une cabane pour s'abriter, d'y sécher et d'y hâler ses filets. Quant à la propriété de ces rivages, on peut la considérer comme n'étant à personne, mais comme soumise au même droit que la mer, et le sable ou la terre que celle-ci recouvre.

5. Litorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris, et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mari reducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cujus et mare, et quæ subjacent mari terra vel arena.

6. Appartiennent à des corporations et non à des particuliers, par exemple, les édifices qui sont dans les villes, les théâtres, les stades et autres objets semblables qui appartiennent en commun aux cités.

6. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

7. Les choses sacrées, religieuses et saintes, n'appartiennent à personne; car ce qui est de droit divin n'est dans les biens de personne.

7. Nullius autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

8. Sont choses sacrées celles qui ont été régulièrement vouées à Dieu par les pontifes; comme les édifices sacrés, les offrandes régulièrement affectées au culte divin.

8. Sacræ res sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ et donaria quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt.

Nous avons même défendu par notre constitution de les aliéner ou de les en-

Quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibui-

mus, excepta causa redemptionis captivorum [1].

Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut et Papinianus rescripsit.

9. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum concedente domino licet inferre, et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, tamen religiosus fit locus.

10. Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo

gager, excepté pour la rédemption des captifs [1].

La chose qu'un particulier consacre pour lui de son autorité privée n'est point sacrée, mais profane. Le lieu sur lequel ont été construits des édifices sacrés reste sacré, même après la destruction du bâtiment, comme l'écrit aussi Papinien.

9. Chacun, à son gré, rend un terrain religieux, en inhumant un mort dans son propre fonds. Nul ne peut inhumer, malgré son copropriétaire, dans un terrain commun et pur; mais, dans un tombeau commun à plusieurs personnes, chacune d'elles peut inhumer malgré les autres. Pareillement, s'il existe un usufruit, le propriétaire ne rendra le fonds religieux qu'avec le consentement de l'usufruitier. On peut inhumer dans le terrain d'autrui avec le consentement du propriétaire; et quand même ce dernier ne ratifierait qu'après l'inhumation, l'emplacement n'en serait pas moins religieux.

10. Les choses saintes, comme les murs d'une ville et ses portes, sont, en quelque sorte, de droit

[1] « Sancimus nemini licere sacratissima » atque arcana vasa, vel vestes ceteraque » donaria quæ ad divinam religionem necessaria sunt... vel ad venditionem vel » hypothecam vel pignus trahere... excep» ta videlicet causa captivitatis et famis. » (*C.* 21, *de sacr. eccl.*)

Si... contigerit hujus modi venerabilem locum debitis aggravari... licentiam damus... superflua vasa... vendere aut conflare... et eorum pretium in debitum præbere. (*Nov.* 120, *cap.* 10.)

[1] Nous décidons qu'il ne sera permis à personne de vendre, hypothéquer ou engager les vases ou les vêtements sacrés ni les autres offrandes, excepté en cas de captivité ou de famine.

S'il arrive qu'un de ces lieux vénérables soit grevé de dettes, nous permettons de vendre ou de fondre les vases superflus, et d'en donner le prix en paiement.

divin, et, par conséquent, ne sont dans les biens de personne. Les murs sont appelés saints, parce qu'il y a peine de mort établie contre ceux qui leur porteraient atteinte; aussi appelons-nous sanction la partie des lois qui établit une peine contre les infracteurs.

nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

11. Les particuliers acquièrent les choses de plusieurs manières : en effet, nous obtenons la propriété, tantôt par le droit naturel, qui, ainsi que nous l'avons dit, s'appelle droit des gens, tantôt par le droit civil. Il convient de commencer par le droit le plus ancien : or le plus ancien est évidemment le droit naturel, créé par la nature en même temps que le genre humain; le droit civil, au contraire, n'a commencé qu'avec la fondation des cités, l'institution des magistrats et la rédaction des lois.

11. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam, jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere : palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit; civilia enim jura tunc esse cœperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi cœperunt.

12. Les bêtes sauvages, les oiseaux, les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui naissent dans la mer, dans l'air et sur la terre, sont acquis, d'après le droit des gens, à la personne qui les prend : en effet, ce qui n'était à personne appartient, suivant la raison naturelle, au premier occupant, et peu importe que les bêtes sauvages ou les oiseaux soient pris par chacun sur son propre fonds ou sur le fonds d'autrui. Toutefois, lorsqu'on entre sur le terrain d'autrui pour chasser aux bêtes ou aux oiseaux, le propriétaire peut, s'il s'en aperçoit, en inter-

12. Feræ igitur bestiæ et volucres et pisces, id est, omnia animalia quæ mari, cœlo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur; nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum

ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.

dire l'entrée. Tout animal pris par vous continue de vous appartenir tant que vous le tenez en votre pouvoir; mais, s'il vous échappe et rentre dans sa liberté naturelle, il cesse de vous appartenir, pour être de nouveau acquis au premier occupant. Il est censé recouvrer sa liberté naturelle lorsque vous cessez de l'apercevoir, ou lorsque vous l'apercevez encore, mais placé de manière à être difficilement poursuivi.

13. Illud quæsitum est an, si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eousque tuam videri donec eam persequaris; quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis.

13. On a mis en question si la bête sauvage, blessée de manière à pouvoir être prise, sera dès lors à vous. Plusieurs ont adopté l'affirmative, et ont pensé que la bête continue de vous appartenir tant que vous la poursuivez; que si vous cessez de la poursuivre, elle cesse de vous appartenir, pour être de nouveau acquise au premier occupant. D'autres, au contraire, ont pensé que, pour l'acquérir, il faut l'avoir prise.

Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere possunt ut eam non capias.

C'est ce dernier avis que nous confirmons, parce que mille circonstances peuvent empêcher de prendre l'animal.

14. Apium quoque natura fera est. Itaque quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, quilibet eximere potest. Plane integra re, si provideris ingre-

14. Les abeilles sont naturellement sauvages. Ainsi, tant que vous n'aurez pas recueilli dans une ruche l'essaim qui s'abat sur votre arbre, il ne vous appartiendra pas plus que les oiseaux qui feraient leur nid sur ce même arbre. Si donc un autre recueille l'essaim, il en sera propriétaire. Chacun peut aussi enlever les rayons que les abeilles auraient fabriqués : toutefois, et tant que

rien ne sera dérangé, si vous voyez quelqu'un entrer sur votre fonds, vous avez droit de l'en empêcher. L'essaim qui s'envole de votre ruche est aussi considéré comme vôtre, tant que vous l'apercevez et que la poursuite n'en est pas difficile ; dans le cas contraire, il devient la propriété du premier occupant.

dientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus est persecutio: alioquin occupantis fit.

15. Les paons et les pigeons sont naturellement sauvages, et peu importe l'habitude qu'ils ont de s'envoler et de revenir; car il en est de même des abeilles dont la nature est incontestablement sauvage. Quelques personnes ont aussi des cerfs apprivoisés qui ont l'habitude d'aller dans la forêt, pour revenir ensuite, et personne ne niera qu'ils ne soient naturellement sauvages. Relativement à ces animaux qui ont l'habitude d'aller et venir, la règle adoptée est qu'ils sont considérés comme vôtres, tant qu'ils ont l'esprit de retour, mais lorsqu'ils l'ont perdu, ils cessent de vous appartenir, et deviennent la propriété du premier occupant. Ils sont présumés perdre l'esprit de retour, lorsqu'ils en ont quitté l'habitude.

15. Pavonum et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant; nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

16. Les poules et les oies ne sont pas naturellement sauvages; ce qui le prouve, c'est qu'il y a d'autres poules et d'autres oies qu'on appelle sauvages. Si donc vos poules ou vos oies s'effarouchent et s'envolent même hors de votre vue, elles sont toujours

16. Gallinarum autem et anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, item alii anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo casu

turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intelligitur.

vôtres en quelque lieu qu'elles se trouvent, et quiconque les retient dans l'intention d'en profiter, commet un vol.

17. Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

17. Les choses que nous prenons sur l'ennemi, nous sont aussitôt acquises d'après le droit des gens, et les hommes libres eux-mêmes deviennent nos esclaves; toutefois, lorsqu'ils nous échappent et rejoignent les leurs, ils rentrent dans leur premier état.

18. Item lapilli et gemmæ et cetera quæ in littore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

18. Les pierreries, les diamants et autres objets trouvés sur le rivage de la mer, sont immédiatement acquis, d'après le droit naturel, à celui qui les trouve.

19. Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi adquiruntur.

19. Ce qui naît des animaux dont vous avez la propriété, vous est acquis d'après le même droit.

20. Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens; per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

20. Ce qu'un fleuve ajoute à votre champ par alluvion, vous est acquis d'après le droit des gens. L'alluvion est un accroissement insensible. Est censé formé par alluvion l'accroissement qui arrive peu à peu, sans qu'on puisse en apprécier les progrès d'un moment à l'autre.

21. Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et vicini prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque

21. Si la violence du fleuve enlève une portion de votre champ et la réunit au champ voisin, évidemment, cette portion continue de vous appartenir. Toutefois, si elle reste longtemps jointe à l'héritage voisin, et que les arbres

enlevés avec elle prennent racine dans cet héritage, ils sont dès ce moment acquis au fonds voisin.

22. Une île formée dans la mer, ce qui arrive rarement, est acquise au premier occupant, car elle n'appartient à personne. Une île formée dans un fleuve, ce qui arrive souvent, appartient en commun, lorsqu'elle occupe le milieu du fleuve, aux propriétaires riverains des deux bords, pour la largeur que chaque fonds présente sur la rive. Lorsque l'île se trouve plus proche d'un côté que de l'autre, elle appartient exclusivement aux propriétaires riverains de ce même côté. Si le fleuve, se divisant sur un point pour se réunir plus bas, donne à un terrain la forme d'une île, ce terrain continue d'appartenir au même propriétaire.

23. Lorsqu'un fleuve, abandonnant son lit naturel, vient à couler d'un autre côté, l'ancien lit appartient aux propriétaires riverains, pour la largeur que chaque héritage présente sur la rive. Quant au nouveau lit, il suit la condition du fleuve, c'est-à-dire qu'il devient public. Si, plus tard, le fleuve retourne à son premier lit, alors encore le second lit devient la propriété des riverains.

quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ esse.

22. Insula quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit; quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat.

23. Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident.

24. Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit : neque enim inundatio fundi speciem commutat, et ob id, si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere cujus et fuit.

25. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiæ dominus fuerit. Ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci; vinum autem vel oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest,

24. Il en est tout autrement, lorsqu'un terrain est inondé en totalité; car l'inondation n'en change pas la nature. Et, en effet, lorsque l'eau se retire, le fonds reste au même propriétaire.

25. Lorsqu'on a formé un objet avec la matière d'autrui, c'est une question de savoir quel est, d'après la raison naturelle, le propriétaire de cet objet. Est-ce l'auteur du travail? n'est-ce pas plutôt le maître de la matière? Par exemple, avec le raisin, les olives ou les épis d'autrui, on a fait du vin, de l'huile ou du froment; avec l'or, l'argent, l'airain d'autrui, on a formé un vase; avec le vin et le miel d'autrui, on a composé du *mulsum;* avec les médicaments d'autrui, on a préparé un emplâtre, un collyre; avec la laine d'autrui, on a tissé un vêtement; avec les planches d'autrui, on a fabriqué un navire, une armoire, des bancs. Après de longues discussions entre les Sabiniens et les Proculéiens, on a fini par admettre une opinion mixte fondée sur la distinction suivante : si le nouvel objet peut revenir à l'état primitif de la matière, il appartient au maître de celle-ci; lorsque ce retour est impossible, l'objet appartient de préférence à l'auteur du travail. Ainsi, un vase fondu peut redevenir un lingot d'airain, d'argent ou d'or; mais le vin, l'huile ou le froment ne peuvent reprendre l'état de raisin, d'olives ou d'épis; le *mulsum* ne

peut pas non plus se décomposer en vin et en miel. Celui qui forme un objet en partie avec sa propre matière, en partie avec celle d'autrui, par exemple, du *mulsum* avec son vin et avec le miel d'autrui, un emplâtre ou un collyre avec ses médicaments et ceux d'autrui, ou un vêtement avec sa laine et celle d'autrui, en est indubitablement propriétaire, puisque, outre son industrie, il a encore fourni une partie de la matière.

26. Néanmoins, lorsqu'on brode un vêtement avec la pourpre d'autrui, la pourpre, quoique plus précieuse, devient l'accessoire du vêtement, et son ancien maître a, contre ceux qui l'ont soustraite, l'action de vol et la condiction, soit que l'habit ait été fait par le voleur ou par tout autre : en effet, les choses dénaturées, bien qu'on ne puisse pas les revendiquer, peuvent cependant donner lieu à condiction contre le voleur et contre plusieurs autres possesseurs.

27. Si des matières appartenant à différents maîtres ont été confondues par leur volonté, tout ce que produit la confusion est commun entre eux : par exemple, lorsque deux personnes mêlent leurs vins, ou jettent dans un même creuset des lingots d'or ou d'argent : et malgré la diversité des matières dont le mélange forme une substance particulière, par exemple du *mulsum*, mélange

ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstavit.

26. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento, et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius : nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

27. Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut et auro et argento electrum, idem

juris est, nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu et non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel diversæ materiæ vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

de vin et de miel, de l'*electrum*, alliage d'or et d'argent, il en est encore de même; car dans ce cas la nouvelle substance est indubitablement commune. Lorsque c'est le hasard, et non la volonté des propriétaires, qui opère confusion de substances, soit homogènes, soit différentes, il en est encore de même.

28. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, siquidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est, singula grana quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu ad mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit; arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit.

28. Si le froment de Titius est mêlé avec le vôtre, le mélange, lorsqu'il résulte d'une volonté mutuelle, devient commun, parce que chaque objet, c'est-à-dire chaque grain qui auparavant n'avait qu'un propriétaire, est devenu commun par votre consentement. Le mélange opéré par le hasard ou par Titius sans votre volonté, n'est pas commun, parce que chaque objet conserve sa nature. Dans ces deux cas, il en est du grain comme des bestiaux de Titius, qui se trouveraient mêlés avec les vôtres : le troupeau ne devient pas commun et le froment non plus. Si l'un de vous retient la totalité de ce froment, l'autre a l'action réelle pour la quantité de froment qui lui appartenait; mais il entre dans l'office du juge d'estimer la qualité du froment que chacun avait.

29. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii, quia omne quod inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus

29. Celui qui bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui, est propriétaire des constructions, parce que toute construction suit le sol. Cependant celui à qui appartiennent les matériaux ne cesse point d'en être proprié-

taire; mais provisoirement il ne peut ni les revendiquer, ni en exiger l'exhibition, à cause de la loi des Douze Tables : cette loi décide que nul ne sera forcé d'extraire les matériaux d'autrui employés dans son bâtiment, mais qu'on les paiera au double, par suite de l'action dite *de tigno juncto*. *Tignum* s'entend de tous matériaux propres à bâtir. Le but de la loi a été de ne pas obliger à démolir; mais lorsque l'édifice se trouve détruit par une cause quelconque, le propriétaire des matériaux, à moins qu'il n'ait déjà reçu le double, peut les revendiquer et en demander l'exhibition.

esse : sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem quæ vocatur de tigno injuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit; sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere.

30. Dans le cas contraire, la maison qu'un possesseur construit avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui, appartient au propriétaire du sol; mais dans ce cas, le maître des matériaux en perd la propriété, parce qu'il est présumé les avoir volontairement aliénés, du moins lorsqu'il a construit sciemment sur le fonds d'autrui : aussi ne peut-il plus les revendiquer, même après la démolition de l'édifice. Toutefois on s'accorde sur ce point que, s'il se trouve en possession, et que le maître du fonds revendique le bâtiment sans payer les matériaux et la main-d'œuvre, ce dernier peut être repoussé par l'exception de dol, pourvu toutefois que le constructeur possédât de bonne foi; car, pour celui qui savait

30. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cujus et solum est: sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit; nam scienti alienum solum esse, potest

objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligeret alienum esse.

31. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit : ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus et fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; rationem enim non permittere ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

32. Qua ratione autem plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum ea quæ diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide conseruit.

33. Literæ quoque, licet

n'être pas propriétaire, on peut lui objecter qu'il a eu tort de construire sciemment sur le fonds d'autrui.

31. Si Titius a mis dans son terrain la plante d'autrui, elle lui appartient. Réciproquement, s'il a mis sa plante dans le terrain de Mévius, elle appartient à Mévius, pourvu, dans l'un et l'autre cas, qu'elle ait pris racine; car jusque-là elle continue d'appartenir au même propriétaire. C'est au moment où la plante s'enracine que la propriété change : cela est tellement vrai que, si l'arbre du voisin envahit le fonds de Titius, en y portant ses racines, l'arbre est acquis à ce dernier. La raison n'admet pas, en effet, que l'arbre appartienne à aucun autre que le propriétaire du fonds où ont poussé les racines; et conséquemment l'arbre placé près des limites, devient commun quand ses racines vont aussi dans le fonds voisin.

32. Le principe qui attribue au sol les plantes qui s'y incorporent, lui attribue également les blés qu'on y a semés. Au reste, de même qu'après avoir bâti sur le terrain d'autrui, on peut, ainsi que nous l'avons dit, se défendre par l'exception de dol, contre le propriétaire qui revendique le bâtiment, on peut aussi se garantir par la même exception, lorsqu'on a ensemencé de bonne foi et à ses frais le terrain d'autrui.

33. Pareillement, l'écriture fût-

elle en lettres d'or, suit le papier ou le parchemin, comme les constructions ou les semences suivent le sol. Si donc Titius emploie votre papier ou votre parchemin pour y écrire des vers, une histoire, un discours, ce n'est pas Titius, mais vous qui serez propriétaire du volume. Toutefois, si vous revendiquez vos cahiers ou votre parchemin, sans payer à Titius les frais d'écriture, il pourra se défendre par l'exception de dol, pourvu qu'il ait acquis de bonne foi la possession du papier ou du parchemin.

34. Lorsqu'un tableau a été peint sur la planche d'autrui, selon quelques uns, la planche suit la peinture, et selon d'autres, c'est la peinture, quelle qu'elle soit, qui suit la planche; mais il nous semble plus raisonnable que la planche suive la peinture : il serait ridicule, en effet, qu'un tableau d'Apelles ou de Parrhasius devînt l'accessoire d'une misérable planche. Ainsi, lorsque le propriétaire de la planche possède le tableau, le peintre qui le revendique sans payer la planche, peut être repoussé par l'exception de dol. Lorsque c'est le peintre qui possède, on donne l'action utile contre lui au propriétaire de la planche; et, dans ce cas, si ce dernier ne paie pas le prix de la peinture, il pourra être repoussé par l'exception de dol, pourvu que le peintre possédât de bonne foi. En effet, si la planche a été soustraite

aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere; sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere : ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat, consequens est ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur : quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est quod, sive is

qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

35. Si quis a non domino quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

36. Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit; et ideo, licet maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, ad heredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur.

37. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pili et lana: itaque agni, hœdi et vituli et equuli et suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est: ita-

par le peintre ou par tout autre, celui à qui elle appartient aura l'action de vol.

35. Lorsqu'en traitant avec une personne qui n'est pas, mais que l'on croit propriétaire, on achète de bonne foi un fonds, ou lorsqu'on le reçoit par donation ou à tout autre juste titre, et toujours de bonne foi, la raison naturelle a fait admettre que les fruits perçus par le possesseur lui appartiennent en raison de sa culture et de ses soins: conséquemment, si le propriétaire se représente et revendique le fonds, il n'a pas d'action pour les fruits consommés par le possesseur. Quant à celui qui possède sciemment le fonds d'autrui, on ne lui accorde pas le même avantage; aussi, en restituant le fonds, doit-il encore restituer les fruits même consommés.

36. L'usufruitier ne devient propriétaire des fruits du sol qu'après les avoir perçus lui-même: conséquemment, s'il meurt avant la récolte, les fruits, quoique mûrs, n'appartiennent point à ses héritiers; ils sont acquis au propriétaire. On décide à peu près de même à l'égard du fermier.

37. Les fruits d'un bétail comprennent le croît aussi bien que le lait, le poil et la laine; ainsi les agneaux, les chevreaux, les veaux, les poulains et les petits cochons, sont d'après le droit naturel, immédiatement acquis à

l'usufruitier. Mais l'enfant d'une esclave n'est point un fruit; il appartient donc au maître de la propriété : il serait absurde de considérer l'homme comme un fruit, lorsque la nature a créé tous les fruits pour l'homme.

que ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

38. Ceux qui ont l'usufruit d'un troupeau doivent, comme l'a pensé Julien, remplacer les bêtes mortes par autant de bêtes du croît, et planter de nouvelles vignes ou de nouveaux arbres en place des vignes ou des arbres morts; car il faut entretenir avec soin et user en bon père de famille.

38. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius summittere debet (ut Juliano visum est); et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere : recte enim colere, et quasi bonus paterfamilias uti debet.

39. A l'égard des trésors trouvés par un propriétaire sur son propre fonds, l'empereur Adrien, observant l'équité naturelle, les a concédés à l'inventeur, et a décidé de même pour ceux qu'on trouve par cas fortuit dans un lieu sacré ou religieux. Quant aux trésors trouvés dans la propriété d'autrui, sans les y chercher, mais par hasard, l'empereur en attribue moitié à l'inventeur, et conséquemment il a décidé que les trésors trouvés sur la propriété du prince appartiennent pour moitié à l'inventeur, et pour moitié au prince. De là il suit que le trésor trouvé sur la propriété du fisc, de l'Etat ou d'une ville, appartient pour moitié à l'inventeur, et pour moitié au fisc ou à la ville.

39. Thesauros quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit; et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

40. D'après le droit naturel, les choses nous sont aussi acquises par tradition; et en effet, lorsque le propriétaire veut transférer sa

40. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æqui-

tati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

Et ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur : itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt : inter quæ nec non et italica prædia, ex nostra constitutione, nulla est differentia ; sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur.

41. Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

42. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius.

43. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

44. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas do-

chose à autrui, quoi de plus naturel et de plus équitable que de confirmer sa volonté.

Le propriétaire peut donc livrer, et par la tradition qu'il en fait, aliéner toutes les choses corporelles indistinctement, et par conséquent aussi les fonds stipendiaires et tributaires. On appelle ainsi les fonds situés dans les provinces ; mais une de nos constitutions a supprimé toute différence entre ces biens et ceux d'Italie, et la tradition qu'on en fait, à titre de donation, de dot, ou à tout autre titre, transfère indubitablement la propriété.

41. Toutefois les choses vendues et livrées ne sont acquises à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix ou satisfait le vendeur de toute autre manière, par exemple, en donnant un *expromissor* ou un gage. La loi des Douze Tables le décide ainsi ; et cependant on déclare avec raison, que cette règle vient du droit des gens, c'est-à-dire du droit naturel. Lorsque le vendeur s'est fié à l'acheteur, il faut dire que la chose lui est immédiatement acquise.

42. Il est indifférent que la chose soit livrée par le propriétaire lui-même, ou par d'autres agissant d'après sa volonté.

43. Ainsi, lorsqu'on a confié la libre administration de toutes ses affaires à une personne, celle-ci, en vendant et livrant les objets compris dans son administration, transfère la propriété.

44. Quelquefois la simple volonté du propriétaire suffit, même

sans tradition, pour transférer la chose : par exemple, lorsqu'un objet qui vous avait été prêté, loué ou remis en dépôt, vous est vendu ou donné; car bien qu'il ne s'ensuive aucune tradition, néanmoins par cela seul que l'objet vous est laissé comme vôtre, la propriété vous est immédiatement acquise comme si la chose avait été livrée dans ce but.

45. Pareillement, lorsqu'on a vendu les marchandises déposées dans un magasin, aussitôt qu'on livre à l'acheteur les clefs du magasin, on lui transfère la propriété des marchandises.

46. Il y a plus : quoique le maître n'ait en vue qu'une personne incertaine, sa volonté transfère quelquefois la propriété : par exemple, lorsque les préteurs et les consuls jettent de la monnaie dans la foule, ils ignorent ce que chacun en recueillera, et cependant, parce que telle est leur volonté, chacun devient immédiatement propriétaire de ce qu'il a recueilli.

47. D'après ce principe, celui qui s'empare d'une chose abandonnée par celui à qui elle appartenait, en devient aussitôt propriétaire. Est abandonné l'objet que le propriétaire a rejeté avec intention de ne plus le compter parmi les choses qui lui appartiennent ; ainsi, dès ce moment, sa propriété cesse.

48. Il en est tout autrement des objets que, dans une tempête, on jette pour alléger le navire :

mini sufficit ad rem transferendam : veluti si rem quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

45. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

46. Hoc amplius, interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem : ut ecce, prætores et consules qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

47. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolet : ideoque statim dominus esse desinit.

48. Alia causa est earum rerum quæ in tempestate maris, levandæ navis causa ej-

videntur : hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit ; nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

on en conserve la propriété; car évidemment, si on les jette, ce n'est point parce qu'on n'en veut plus, mais plutôt pour échapper avec le navire aux dangers de la mer. Aussi, lorsque ces objets sont échoués ou même trouvés dans la mer, celui qui les enlève avec intention d'en profiter commet-il un vol. Ces choses ne diffèrent pas beaucoup de celles qui, à l'insu du propriétaire, tombent d'une voiture sur la route.

EXPLICATION.

PR.

326. Après avoir parlé des personnes *quarum gratia jus constitutum est* [1], nous avons à examiner, non plus en faveur de qui, mais sur quels objets s'établit la distinction du juste et de l'injuste. Tous les êtres physiques, considérés ici sous ce rapport entièrement passif, rentrent, sous le nom de choses, dans le second objet du droit ; et les choses, dit Justinien en copiant Gaïus, se trouvent non seulement dans notre patrimoine, mais aussi hors de notre patrimoine. Ce n'est pas ici une division que Justinien établit, c'est plutôt une définition par laquelle il indique toute l'étendue du mot RES; car ce mot ne se restreint point, comme le mot PECUNIA [2], aux objets que chacun a *in patrimonio* ou *in bonis*, et qu'on appelle *res singulorum* [3] : outre ces derniers, il existe encore plusieurs classes de choses *non singulorum*, notamment les choses dites *nullius* [4], les choses communes, *communia omnium* [5], et enfin celles qui appartiennent à une corporation, *universitatis* [6].

Justinien va expliquer ces distinctions.

(1) *Pr. de jur. person.* — (2) *Paul. fr.* 5, *de verb. signif.* — (3) §§ 6 *et* 11, *h. t.* — (4) § 7, *h. t.* — (5) § 1, *h. t.* — (6) § 6, *h. t.*

§ I.

327. L'air, l'eau courante, la mer et ses rivages sont choses communes, en ce sens qu'il n'existe à leur égard aucune distinction de propriété ; d'où il suit que chacun peut en user librement, et, par l'usage qu'il en fait, s'approprier l'air qu'il respire, l'eau qu'il puise dans un courant. Pareillement chacun peut naviguer sur la mer, et la place qu'il y occupe lui appartient tant qu'il l'occupe ; car les choses communes, n'appartenant à personne, sont acquises par occupation à quiconque les tient en sa puissance ; mais elles rentrent, dès que l'occupation cesse, dans leur condition primitive ou naturelle. Ce principe sera développé plus loin [341] à l'égard des animaux sauvages et des poissons, car les poissons qui vivent dans la mer ne diffèrent point de la mer elle-même (1).

328. On en peut dire autant du rivage. Comme la mer et comme son lit, il n'appartient à personne ; par conséquent chacun peut en user librement (2).

Toutefois à ce libre usage on apporte, relativement aux habitations construites sur le bord de la mer, une restriction remarquable ; elles ne sont pas du droit des gens comme la mer, c'est-à-dire communes à tous. Effectivement, le rivage qui n'appartient à personne devient la propriété des occupants, et ceux qui bâtissent en observant les conditions requises [331] acquièrent sur le sol même un droit de propriété qui dure autant que leurs constructions (3) ; de là vient qu'on doit s'abstenir des portions de rivage qui, se trouvant déjà occupées, ont cessé d'être choses communes.

§ II.

329. Parmi les choses dont chacun peut user avec une égale liberté, parce qu'elles sont toutes *communia omnium*, plusieurs se nomment ordinairement publiques. Ce sont des choses qui, plus particulièrement que les autres, semblent appartenir à chaque peuple, parce qu'elles sont une dépendance de son territoire. Tels sont les ports, les fleuves et leurs rives (4). Cette distinction ne change rien au droit que chacun a de pêcher, de

(1) *Nerat. fr.* 14, *de adq. rer. dom.* — (2) *Text. hic*; § 5, *h. t.* — (3) *Marcian. fr.* 5, § 1, *fr.* 6, *de divis. rer.* — (4) *Marcian. fr.* 4, § 1, *eod.*; *Paul. fr.* 3, *de flumin.*

naviguer sur un fleuve et de débarquer sur ses rives : aussi Marcien n'avait-il point séparé les choses publiques des choses communes. Justinien les distingue ici, non quant à l'usage, mais quant à la manière dont chacun peut se les approprier par occupation. A cet égard chaque peuple exerce une juridiction exclusive pour empêcher ce qui nuirait à l'usage auquel la chose publique est naturellement destinée, par exemple, à la navigation des fleuves [331].

§§ III, IV et V.

330. Ce que nous avons dit des fleuves et de leurs rives s'applique au rivage de la mer, c'est-à-dire au terrain que la mer couvre dans ses plus hautes marées ([1]).

Ce rivage est commun comme la mer et à cause de la mer [327], et dès lors chacun peut en user et y aborder librement. Sous ce rapport, les rives d'un fleuve et les rivages maritimes rentrent également dans la classe des choses communes. En comparant le texte de Justinien avec celui de Gaïus ([2]), on reconnaît que la mer et ses rivages, les fleuves et leurs rives, ne diffèrent en rien quant à l'usage ; quant à la propriété, au contraire ; les rives et les rivages ne sont plus assimilés : la rive des fleuves appartient aux riverains ; nul ne peut donc, par occupation, rien acquérir, soit de la rive elle-même, soit des arbres qu'elle nourrit, quoique chacun puisse s'en servir lorsqu'il navigue sur le fleuve.

331. Le rivage de la mer n'appartenant à personne [328], chacun y devient propriétaire du sol sur lequel il établit ses constructions, pourvu toutefois qu'elles ne nuisent point aux abordages et aux besoins de la navigation ([3]); cependant, comme les particuliers ne sont pas juges des inconvénients qui peuvent résulter des constructions faites sur le rivage, ils n'ont le droit de construire qu'après avoir obtenu l'autorisation des magistrats ([4]). Sous ce rapport, les rivages rentrent dans la classe des choses publiques ([5]), soumises à la juridiction du peuple dont ils bordent le territoire ; en ce sens, chaque peuple est maître des rivages *in quæ habet imperium* ([6]).

([1]) *Text. hic; Cels. fr.* 96, *de verb. signif.* — ([2]) *Fr.* 5, *de divis. rer.* — ([3]) *Cels. et Scævol. fr.* 3, § 1 ; *fr.* 4, *ne quid in loc. publ.* — ([4]) *Pomp. fr.* 50, *de adq. rer. dom.* — ([5]) *Javol. fr.* 112, *de verb. signif.* — ([6]) *Cels. d. fr.* 3, *ne quid in loc. publ.*

332. Les choses qu'on appelle *res universitatis* sont destinées à l'usage commun des membres d'une corporation (*universitatis*), par exemple, d'une cité, d'un collége, d'une communauté, ou de toute autre association légalement établie (1).

Les objets dont chacun peut user, comme la plupart des chemins qu'on ne ferme jamais à personne, sont choses publiques, et non pas choses *universitatis*. Ne sont pas non plus choses *universitatis*, dans le sens où on l'entend ici, les choses qui appartiennent à une corporation, sans que l'usage en soit commun à tous ses membres. Dans ce dernier cas, la chose n'est pas hors du patrimoine; elle est, au contraire, *in patrimonio* ou *in pecunia civitatis*, comme elle serait dans le patrimoine d'un particulier, quoique, par opposition aux propriétés privées, on appelle aussi choses publiques les biens qui se trouvent ainsi dans le patrimoine de l'Etat ou d'une corporation (2).

§ VII.

333. Nous avons parlé de choses communes entre tous les hommes, dont chacun a l'usage et peut même acquérir la propriété par occupation, tant qu'elles n'appartiennent encore à personne. Sous ce rapport, les choses communes se nomment souvent choses *nullius* (3); mais ici cette expression s'applique spécialement aux choses de droit divin, qui ne sont dans le patrimoine de personne (*nullius in bonis*), et ne peuvent jamais y être [698].

Les choses *nullius* de droit divin sont sacrées, religieuses ou saintes.

§ VIII.

334. Les choses de droit divin étaient sacrées ou religieuses, selon qu'elles avaient été consacrées aux divinités supérieures ou abandonnées aux dieux mânes (4), quoique Justinien ne rappelle pas cette origine toute païenne de la distinction qu'il conserve.

Nul ne peut, de son autorité privée, conférer aux choses un caractère sacré : l'objet auquel un particulier voudrait attribuer ce caractère, reste profane (*profanum*) tant que la consécration n'a pas été faite par les pontifes (*per pontifices*), et avec les con-

(1) *Ulp. fr.* 1, *quod cujusq. univ.* — (2) *Ulp. fr.* 15, *de verb. signif.* — (3) §§ 6, 12 et 22, *h. t.* — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 4.

ditions prescrites (*rite*). Ces conditions ne consistent pas seulement dans certaines solennités; elles supposent, en outre, l'autorisation du législateur qu'il faut nécessairement obtenir, une loi nommée Papiria ayant défendu de consacrer aucun bâtiment et aucun terrain sans le consentement du peuple. On dit, en ce sens, que la consécration doit être faite *publice... non private* (1), et cette condition est remplie lorsque le prince, qui réunit le souverain pontificat à l'autorité législative, permet de consacrer ou consacre lui-même (2).

335. Le caractère sacré s'attache au terrain, indépendamment des édifices qu'il supporte; et leur démolition, qui ne change point la nature du sol, ne le fait pas rentrer dans le commerce, c'est-à-dire dans le nombre des choses qui peuvent être vendues ou achetées. Les lieux sacrés étaient inaliénables, longtemps avant Justinien (3). Quant aux vases sacrés et autres objets mobiliers qu'on appelle ici *donaria* (4), l'empereur, en défendant de les aliéner, ne fait que renouveler avec plus d'extension une prohibition existante. Toutefois il a permis de vendre ces mêmes objets pour le rachat des captifs, pour la nourriture des pauvres en temps de famine, et même pour l'acquittement des dettes d'une église ou autre établissement pieux, *venerabilem locum* (5).

§ IX.

336. Chacun peut, à son gré, et sans recourir à l'autorité publique, rendre religieux un terrain pur (*locum purum*), c'est-à-dire un terrain qui n'est encore ni sacré, ni religieux, ni saint (6). Il suffit pour cela d'inhumer, à perpétuelle demeure (7), le corps ou les os d'un homme libre ou esclave (8) dans un terrain dont on peut disposer, soit parce qu'on en est seul propriétaire (*locum suum*), soit parce que tous les copropriétaires, usufruitiers ou autres personnes intéressées y consentent (9).

L'inhumation faite dans le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire ne rend pas l'emplacement religieux. Cette décision est certaine et indépendante de la négation que plusieurs éditeurs placent ici entre les mots RATUM et HABUERIT (10), pour indiquer l'inutilité d'une ratification postérieure

(1) *Marcian. fr. 6, § 3, de divis. rer.* — (2) *Ulp. fr. 9, § 1, eod.* — (3) *§ 2, de inutil. stip.; § 5, de emp. vend.; § 4, de legat.; fr. 6; Papin. fr. 73, de contrah. empt.; Ulp. fr. 9, § 5, de div. rer.* — (4) *Text. hic; C. 21, de sacr. eccl.* — (5) *Text. hic; d. C. 21; nov. 120, § 10.* — (6) *Ulp. fr. 2, § 4, de relig.* — (7) *Paul. fr. 40, eod.* — (8) *Ulp. d. fr. 2, pr. et § 5, eod.* — (9) *Text. hic.* — (10) *Marcian. fr. 6, § 4, de div. rer.*

à l'inhumation, dans le cas où celle-ci a été autorisée par le consentement préalable du propriétaire ; tandis que d'autres éditeurs retranchent la négation, parce qu'ils appliquent le texte à une inhumation faite sans le consentement du propriétaire, et ratifiée postérieurement. Le texte signifie alors que le consentement du propriétaire suffit, lors même qu'il n'intervient qu'après l'inhumation (*licet postea*, etc.).

337. Lorsqu'un sépulcre est commun entre plusieurs personnes, chacune d'elles peut s'en servir, malgré les autres, pour inhumer un mort. Un terrain religieux peut donc appartenir aux particuliers, en ce sens qu'une ou plusieurs familles peuvent avoir le droit exclusif d'y enterrer leurs morts. Pareillement un édifice peut être consacré avec les conditions requises, pour l'usage d'une personne ou d'une famille ; et de là résulte une sorte de droit privé (1), transmissible aux héritiers et même aux acheteurs du terrain dont la chose sacrée ou religieuse fait partie. Ainsi elle peut se trouver accessoirement comprise dans une vente dont elle ne pourrait pas faire l'objet direct et principal (2).

§ X.

338. Les choses sacrées et religieuses sont, à proprement parler, les seules qui appartiennent au droit divin (3). Les choses saintes ne leur sont assimilées qu'improprement (*quodàm modo*), à cause du respect qu'on doit aux unes comme aux autres.

Sont saintes, les murailles de Rome ou des villes municipales, et en général toutes les choses que la loi protége spécialement contre les atteintes et les injures de l'homme (4), par une sanction dont la sévérité va quelquefois jusqu'à la peine capitale. La sanction est cette partie de la loi qui soumet à une peine ceux qui violent ses dispositions (5).

§ XI.

339. Occupons-nous maintenant des choses qu'on appelle *res singulorum*, parce qu'elles sont dans le patrimoine ou dans

(1) *Paul. fr.* 9, § 1, *ad. l. j. pecul.*; *Alex. C.* 4, *de relig.* — (2) *Paul. fr.* 33, § 1, *de act. empt.*; *fr.* 23, *de contrah. empt.*; *Ulp. fr.* 22 *et* 24, *eod.* — (3) *Gaius*, 2 *inst.* 3, 4 *et* 8. — (4) *Marcian. fr.* 8, *pr. et* § 2 ; *Pomp. fr.* 11, *h. t.* — (5) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 9, §§ 2 *et* 3, *h. t.*

le *dominium* des particuliers. Le *dominium* ou la propriété est le droit le plus étendu qui existe sur les choses. Considéré par rapport à la personne du propriétaire, il lui donne sur la chose une pleine puissance, et lui permet d'en disposer à son gré (1). Considéré relativement à la chose, le *dominium* en attribue toute l'utilité au propriétaire, comme si l'objet qui lui appartient n'existait que pour lui : en un mot, cet objet lui devient propre, et, de là vient qu'en français le *dominium* s'appelle propriété. Les jurisconsultes romains se servent aussi du mot *proprietas*, mais ordinairement cette expression s'entend de la propriété séparée de l'usufruit (2), autrement dite nue propriété.

Les manières d'acquérir viennent ou du droit civil, ou du droit des gens, que l'on appelle ici droit naturel, sans s'arrêter à la distinction précédemment exposée [7], et comme le droit civil est postérieur au droit des gens, on s'occupe d'abord des manières d'acquérir qui dérivent de celui-ci.

§ XII.

340. La propriété a commencé par la possession ; c'est encore ainsi que les bêtes sauvages, et en général les choses communes, sont acquises à ceux qui *primi possessionem eorum apprehenderint* (3), ou à celui *in cujus potestatem pervenerint* (4), parce que nous avons en notre possession ce que nous avons sous la main, à notre disposition ou en notre pouvoir (*a*).

Du reste, le droit de propriété une fois acquis par la possession, se conserve indépendamment de cette même possession, en sorte que le propriétaire, lorsqu'il ne possède plus, peut revendiquer sa chose tant qu'elle existe, et partout où elle existe. En d'autres termes, il peut suivre sa chose dans la main des possesseurs, quels qu'ils soient, pour faire reconnaître qu'elle lui appartient, et par conséquent obtenir qu'on la lui restitue. Propriété et revendication expriment deux idées corrélatives ; et souvent, pour décider qu'une personne est pro-

(1) *Plenam in re potestatem*, § 4, *de usuf.* V. *Constant. C.* 21, *de mandat.* — (2) §§ 1 *et* 4, *de usufr.*; *Ulp. fr.* 14, § 3, *de us. et habit.* — (3) *Paul. fr.* 1, § 1, *de adquir. vel. amitt. poss.* — (4) *Nerat. fr.* 14, *de adquir. rer. dom.*

(*a*) On pourrait donc, avec quelque raison, dire que *possidere* et *possessio* viennent de *posse*, quoique Paul (*fr.* 1, *de adquir. vel amitt. poss.*) indique une autre étymologie.

priétaire, on décide qu'elle peut revendiquer, ou réciproquement.

341. Les animaux sauvages sont à vous dès que vous les avez pris, et ils continuent de vous appartenir tant qu'ils restent captifs (*donec custodia coercetur*); mais s'ils s'échappent et rentrent dans leur liberté naturelle, alors votre propriété cesse. Par conséquent, si l'animal est repris, c'est au nouvel occupant qu'il appartient (*rursus occupantis fit*), comme s'il n'avait jamais appartenu à personne.

Cette décision paraît contredire le principe fondamental que nous venons de poser, en distinguant la possession et la propriété [340]; car si les animaux sauvages cessent d'appartenir à l'occupant dès qu'ils ne sont plus en sa puissance, son prétendu droit de propriété semble se réduire à un simple fait de possession. Mais il n'en est pas ainsi : la propriété des animaux sauvages ne se perd pas nécessairement avec la possession. Ainsi, la soustraction commise par un voleur ne détruit pas le droit du premier occupant. Si nous perdons la propriété d'un animal sauvage, c'est lorsqu'il recouvre sa liberté primitive; alors il est réputé n'avoir jamais été pris, et, par conséquent, n'avoir jamais appartenu à personne : il en est des animaux sauvages comme des portions du rivage qui, après avoir été occupées par des constructions, en sont ensuite débarrassées, et cessent d'appartenir au constructeur [327]; car les propriétés acquises par la chasse, la pêche ou l'occupation des rivages, ne sont qu'une conquête sur l'ordre primitif des choses, et les conséquences de cette conquête s'effacent par une sorte de *postliminium*, dès que l'état primitif se trouve rétabli (1).

§ XVII.

342. Effectivement, la guerre des hommes contre d'autres hommes ne diffère point de celle que les hommes font aux animaux sauvages. Le butin et les prisonniers faits sur l'ennemi appartiennent, comme le gibier, au premier qui s'en empare (2); et, comme le gibier qui a recouvré sa liberté naturelle, les prisonniers de guerre qui rentrent sur leur territoire sont réputés, par la fiction du *postliminium* [193], n'avoir jamais été capturés.

(1) *Nerat. fr.* 14, § 1, *de adq. rer. dom.* V. *Marcian. fr.* 6, *de divis. rer.* — (2) *Text. hic; Cels. fr.* 31, § 1, *de adq. rer. dom.*

§ XIII.

343. Un animal a été blessé de manière à être aisément pris (*ita ut capi possit*), toutefois il ne l'est pas encore, et mille circonstances peuvent vous empêcher de le saisir, par conséquent il ne vous appartient pas [1].

Un sanglier tombe dans le filet que vous aviez tendu. Ne faut-il pas distinguer si le filet a été placé dans un lieu public ou dans un terrain particulier, sur votre propriété ou sur celle d'autrui, et, dans ce dernier cas, s'il a été tendu avec ou sans la permission du propriétaire. Ne faut-il pas examiner enfin si l'animal tombé dans le piége peut encore se dégager? Toutes ces questions se réduisent à une seule : l'animal est à moi, s'il est en ma puissance, *si in meam potestatem pervenit* [2].

§ XIV.

344. Ainsi, pourvu que l'on s'empare d'un animal, il importe peu de savoir comment, et même en quels lieux ; car les bêtes sauvages ne font point partie du sol, pas plus qu'un nid d'oiseaux ou un rayon de miel ne font partie de la branche ou du tronc qui les a reçus. Pareillement l'essaim qui s'est abattu sur un arbre appartient à celui qui l'a recueilli le premier dans sa ruche, et le maître du terrain n'a, sous ce rapport, aucune préférence. A la vérité il peut interdire aux étrangers l'accès de son terrain, mais il doit le leur interdire *integra re*, avant qu'ils se soient emparés de rien [3]. Au reste, si le propriétaire peut se plaindre, c'est uniquement de ce qu'on entre sur son terrain malgré lui [4], et non pas de ce qu'on y prend une chose qui n'appartient à personne.

Cependant l'essaim sorti de ma ruche m'appartient; mais lorsqu'il s'échappe et recouvre sa liberté naturelle, il cesse de m'appartenir, comme tous les animaux sauvages [341]. Peut-on en dire autant des abeilles qui sortent pour revenir ? Cette question se décide par le principe qui va être établi pour les pigeons et les paons.

[1] *Text. hic; Gaius, fr.* 5, § 1, *de adquir. rer. dom.* — [2] *Procul. fr.* 55, *eod.* — [3] *Text. hic ;* § 12, *h. t.; Gaius, fr.* 3, § 1, *de adquir. rer. dom.* — [4] *Ulp. fr.* 13, § 7, *de injur.*

§ XV.

345. Ces oiseaux sont, comme les abeilles et les cerfs, des animaux sauvages qui ont l'habitude d'aller et venir. Chaque fois qu'ils partent, ils sortent réellement de notre puissance : cependant ils continuent de nous appartenir tant qu'ils conservent l'esprit de retour, et ce n'est qu'après s'être échappés pour ne plus revenir, qu'ils reprennent leur condition primitive (1).

Ce sont encore les principes du *postliminium* qu'on applique aux animaux sauvages; car cette fiction ne profite jamais au prisonnier qui est rentré dans sa patrie, lorsqu'il conserve l'intention de retourner chez l'ennemi [194]. Aussi, les abeilles qui vont aux champs pour revenir ensuite à la même ruche, diffèrent-elles essentiellement de l'essaim qui émigre pour s'établir ailleurs [344].

346. Pour appliquer ces principes, il faut remarquer qu'un animal sauvage perd l'esprit de retour, lorsqu'il cesse de revenir : tout dépendra donc ici des circonstances. On décide également, d'après les circonstances, que l'animal a recouvré sa liberté naturelle, par exemple, lorsque je l'ai perdu de vue, ou bien lorsque je le vois encore, mais dans une position telle que la poursuite soit difficile, en ce sens qu'on n'est pas sûr de l'atteindre à volonté (2). Dans ce cas, effectivement, l'animal n'est plus *sub custodia nostra* (3).

§ XVI.

347. La même question ne s'élève jamais relativement aux poules, aux oies et autres animaux domestiques. Pour les avoir en sa puissance, l'homme ne les fait pas sortir de leur condition naturelle, et, par conséquent, il n'existe à leur égard aucune conquête, aucune application possible du *postliminium*; aussi les animaux domestiques qui s'égarent ou se perdent, ne cessent-ils point d'appartenir au même maître.

§ XVIII.

348. Les objets inanimés qui n'ont encore appartenu à

(1) *Text. hic ; Gaius*, 2 *inst.* 168. — (2) §§ 12 *et* 14, *h. t.; Gaius*, 2 *inst.* 67 ; *fr.* 3, § 2 ; *fr.* 5, *de adquir. rer. dom.*—(3) *Paul. fr.* 3, §§ 13-15, *de adquir. vel amitt. poss.*

personne sont pareillement acquis au premier occupant. Telles sont, par exemple, les îles qui se forment dans la mer ([1]) et les perles ou autres objets semblables trouvés sur le rivage. Le même genre d'acquisition, sans jamais s'étendre aux objets perdus, s'applique aux choses abandonnées et même, sauf quelques modifications, au trésor ([2]).

Ici, comme dans tous les cas précédents, la propriété s'acquiert par occupation; et l'occupation, suivant les objets qu'elle procure, résulte elle-même de la chasse, de la pêche, de la guerre ou d'une simple invention : du reste, quelque nom qu'elle prenne, ce n'est jamais qu'une manière de posséder, et c'est toujours par la possession que le droit des gens nous conduit à la propriété [340]. Mais, pour posséder, il ne suffit pas de détenir matériellement : le fou, l'enfant ne possèdent point ce qu'ils saisissent, pas plus qu'on ne possède en dormant ce qu'on a dans la main, parce qu'alors on détient sans intention, *affectionem tenendi non habent.* Pour posséder, il faut détenir de fait et d'intention. Il faut donc, pour arriver à la propriété par la possession, une intention spéciale, celle d'avoir comme siens, *pro suo*, les objets dont on s'empare ([3]).

349. Nous venons de voir comment la propriété s'établit primitivement sur les choses qui n'ont encore appartenu à aucun maître. Dans la dernière partie de ce titre, nous verrons comment la propriété se transmet d'une personne à une autre ([4]); mais auparavant les textes intermédiaires nous offrent une série de décisions dont il importe de connaître le véritable principe. Jusqu'à ce jour, on a tout expliqué par une théorie fort simple : elle consiste à dire que dans les cas où un objet s'accroît, s'étend, se modifie par l'adjonction d'un autre objet, il faut distinguer quelle est la chose principale, quelle est la chose accessoire, et décider que la seconde est par cela seul acquise au maître de la première, en vertu de cette maxime, *accessorium sequitur principale.* Ainsi, d'après Heineccius ([5]) et autres interprètes, l'accession ou la jonction de deux choses serait un mode d'acquisition, et l'un des plus importants sans doute, puisqu'on a distingué des accessions naturelles, civiles et mixtes.

Une manière d'acquérir aussi commode, aussi fertile en con-

([1]) § 22, *h. t.* — ([2]) §§ 39 *et* 47, *h. t.* — ([3]) *Paul. fr.* 1, § 3, *de adquir. vel amitt. poss.* — ([4]) § 40 *et seqq.* — ([5]) *Elem. jur.* 362.

séquences variées, eût mérité d'être consacrée par des textes positifs. Les jurisconsultes romains disent expressément que la propriété se transmet *per traditionem ;* que les choses *nullius* appartiennent au premier occupant; mais je n'ai jamais lu dans leurs écrits que l'accession fût une manière d'acquérir, ni qu'une chose, devenue l'accessoire d'une autre, cessât par cela seul d'appartenir à son premier maître (*a*). J'espère même démontrer que les textes décident réellement le contraire.

L'accession, j'en suis convaincu, ne transmet point la propriété; c'est un fait dont notre titre ne s'occupe que très-secondairement. Le mot y est à peine prononcé ([1]); et, selon moi, les textes que nous allons parcourir traitent bien moins de l'acquisition que de la conservation et des conséquences de la propriété acquise.

§ XIX.

350. La propriété d'un objet quelconque embrasse tous ses produits. C'est ainsi que les petits des animaux ([2]) et les jeunes esclaves appartiennent au maître de leur mère [73]; ils suivent, au moment de leur naissance, la condition où se trouve la mère elle-même, sans égard à la conception (*b*), qui n'attribue aucun droit, ni à l'ancien maître de la mère aliénée pendant sa gestation ([3]), ni dans aucun cas au maître du père ([4]).

L'acquisition dont il s'agit a pour objet les animaux qui naissent; conséquemment elle s'opère au moment de la naissance, c'est-à-dire lorsqu'ils se détachent du sein maternel pour commencer à exister isolément. Est-ce là un fait d'accession? Non sans doute, puisqu'il n'y a pas jonction, mais au contraire séparation. La propriété que le maître de la mère a sur les animaux naissants s'explique bien plus naturellement, lors-

([1]) §§ 26 *et* 34, *h. t.* — ([2]) *Text. hic; Florent. fr.* 6, *de adquir. rer. dom.* — ([3]) *Venul. fr.* 66, *eod.; Diocl. et Max. C.* 12, *de rei vind.* — ([4]) *Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.*

(*a*) Ulpien (*fr.* 19, § 13, *de aur. argent.*) dit : *semper.... cum quærimus quid cui cedat, illud spectamus quid cujus rei ornandæ causa adhibetur, ut* ACCESSIO CEDAT PRINCIPALI. Voilà sans doute une règle formulée, mais à quelle occasion et dans quel but? En matière de legs et pour apprécier, d'après l'intention du testateur, l'étendue de sa disposition, spécialement pour savoir si, en léguant une pièce d'argenterie, il a entendu léguer les pierreries dont elle est ornée.

(*b*) Sauf l'exception précédemment établie [74], lorsqu'il s'agit de savoir, non pas à quel maître l'enfant appartiendra, mais s'il naîtra libre ou esclave.

qu'on observe que, avant de naître, le fœtus n'était qu'une portion des entrailles maternelles [1], portion qui, en se séparant, continue d'appartenir au même maître, comme objet et comme propriété distincte.

§§ XX, XXI, XXII, XXIII, et XXIV.

351. On s'occupe ici des mutations qui s'opèrent dans le lit des fleuves, et des accroissements qui en résultent pour les terres riveraines; car il est dans la nature des rivières de changer le caractère des lieux qu'elles occupent ou qu'elles délaissent; et de ranger les premiers parmi les choses publiques, et les seconds parmi les choses privées [2].

Nous en avons un premier exemple dans l'alluvion qui se forme sur une rive. On appelle ainsi l'accroissement insensible dont le progrès échappe aux yeux [3].

352. La violence des eaux ne produirait pas le même résultat; le courant, lorsqu'il enlève une portion distincte de terrain, la déplace sans qu'elle cesse d'appartenir au même propriétaire : *palam est tuam permanere* [4].

La raison en est évidente, comme la différence qui distingue ce cas du précédent. En effet, l'accroissement insensible que produit l'alluvion se compose de molécules apportées grain à grain, et dont rien ne constate l'origine. Il est donc impossible de reconnaître, et par suite de revendiquer, en cas d'alluvion, aucune partie du sol primitif que le courant a décomposé pour recomposer ailleurs un terrain nouveau. Au contraire, la violence du fleuve qui déplace un terrain ne le dénature pas; malgré ce déplacement, le sol subsiste; il doit donc rester au même propriétaire. On l'a dit pour le fonds inondé : *neque enim inundatio fundi speciem commutat, et ob id* PALAM EST *fundum ejus* PERMANERE *cujus et fuerat* [5] : la même conséquence, exprimée ici dans les mêmes termes, *palam est tuam permanere* [6], dérive nécessairement du même principe.

Il est possible que le terrain déplacé par le fleuve emporte avec lui des arbres. Relativement à ces derniers, notre texte contient une décision additionnelle, qui sera expliquée plus loin [375].

(1) *Ulp. fr.* 1, *de insp. ventr.* — (2) *Pomp. fr.* 30, § 3, *de adquir. rer. dom.* — (3) § 20, *h. t.*; *Gaius*, 2 *inst.* 70. — (4) § 21, *h. t.* — (5) § 24, *h. t.*; *Gaius, fr.* 7, § 6, *de adquir. rer. dom.* — (6) § 21, *h. t.*; *Gaius*, 2 *inst.* 71; *d. fr.* 7, § 2.

353. Lorsqu'un fleuve change son cours, le lit qu'il abandonne devient chose privée, et celui qu'il occupe, chose publique.

L'ancien lit, divisé dans le sens de sa longueur, accroît pour moitié à chacune des deux rives, et à chaque héritage riverain pour une largeur égale à celle qu'il occupe sur la rive [359]. Quant au nouveau lit, si le fleuve l'abandonne à son tour, accroît-il pareillement et comme s'il avait toujours été public, aux propriétés riveraines ; ou bien, au contraire, retourne-t-il au maître *cujus antea fuit*, comme s'il n'avait jamais cessé de lui appartenir ? Ces deux opinions ont été professées, l'une par Gaïus ([1]), l'autre par Pomponius ([2]). Justinien, qui les conserve toutes deux au Digeste, ne donne ici que la première ; *sed vix est ut id obtineat*, dit Gaïus, en nous avertissant lui-même que son avis n'a point prévalu.

354. Quoi qu'on ait dit jusqu'ici, les alluvions, le lit qu'un fleuve abandonne, et les îles qui s'y forment, étant choses publiques comme le fleuve même ([3]), devraient appartenir au premier occupant ; c'est effectivement ainsi qu'on le décide, lorsqu'il n'existe sur la rive que des terres limitées, *agri limitati*, c'est-à-dire adjugées ou concédées au nom du peuple, mais jusqu'à concurrence d'une certaine mesure, dont l'excédant reste public. Les riverains dont l'héritage est ainsi limité, ne pouvant rien prétendre en dehors de la mesure concédée, ne profitent jamais ni des alluvions ([4]), ni du lit abandonné ou des îles formées par le fleuve : la propriété en est acquise au premier occupant ([5]).

Les accroissements dont nous avons parlé profitent donc seulement aux riverains dont les propriétés, au lieu de se renfermer dans une certaine mesure, s'étendent, indépendamment de la contenance, jusqu'à tel ou tel point, par exemple jusqu'à telle rivière. Dans ce cas, si l'eau se retire, elle recule d'autant la limite des propriétés riveraines ; et l'égal accroissement que les deux rives prennent en sens opposé s'arrête, par une sorte de rencontre, au milieu du fleuve.

355. Effectivement, le lit des rivières, que l'on considère comme chose publique pour les besoins et l'usage de la navigation, n'est, à tous autres égards, qu'une dépendance des fonds

([1]) *Fr.* 7, § 5, *de adquir. rer. dom.* — ([2]) *Fr.* 30, § 3, *eod.* — ([3]) *Lab. fr.* 65, *eod.* — ([4]) *Florent. fr.* 16, *eod.* — ([5]) *Ulp. fr.* 1, §§ 6 *et* 7, *de flumin.*

voisins. C'est un terrain dont l'eau s'empare et dont elle absorbe l'utilité, sans qu'il cesse réellement d'appartenir aux riverains dont il grève, mais ne détruit pas la propriété. Sous ce rapport il en est du lit comme de la rive, qui est publique quant à l'usage seulement [330]; et il n'existe entre eux de différence que relativement aux avantages partiels dont le propriétaire demeure investi sur la rive, mais dont il est totalement privé à l'égard du lit. Du reste, dès que son terrain n'est plus couvert ou bordé par les eaux, le propriétaire riverain semble moins acquérir un droit nouveau que reprendre la jouissance d'une ancienne propriété, qui devient libre. *quia populus eo jam non utitur* (1).

356. Le terrain des îles formées dans une rivière n'est qu'une portion du lit qui s'élève au-dessus des eaux ; aussi applique-t-on à cette fraction les règles précédemment établies pour la totalité du lit abandonné [353]. L'île appartient aux riverains à qui appartiendraient la portion ou les différentes portions du lit qui se sont exhaussées.

Une île qui, au moment de sa formation, ne dépasse point le milieu du fleuve, appartient en totalité au propriétaire de la rive la plus voisine (2). Les bords de cette île forment alors une rive qui se prolonge, dans le plus large même des deux bras, jusqu'au milieu du courant, et à laquelle profitent pour l'avenir, soit le lit qui serait abandonné, soit les îles nouvelles qui s'y formeraient, comme si la première avait toujours existé, ou comme si le fleuve n'avait pas un autre bras (3).

357. Ces décisions prouvent que si les héritages *arcifinii* s'étendent, comme nous l'avons dit, jusqu'au milieu du courant, ce privilége ne leur appartient qu'à l'occasion de la rive et sous la condition de rester riverains ; car la propriété du lit change et varie dès qu'il se forme ou s'interpose une autre rive. C'est ainsi que le sol envahi, et plus tard abandonné par un cours d'eau, appartient à ceux qui *prope ripam prædia possident* (4), et ne retourne pas à ses anciens propriétaires, parce qu'ils ne sont plus riverains (5). Cependant, il faut en convenir, il existe peu d'harmonie, sur ces matières, entre les jurisconsultes [353].

Quoi qu'il en soit, l'accession ne donne pas au maître des fonds *arcifinii* la portion du lit qui lui appartient déjà ; d'un

(1) *Pomp. fr.* 30, § 1, *de adquir. rer. dom.* — (2) § 22, *h. t.* — (3) *Procul. fr.* 56, § 1 ; *Paul. fr.* 65, § 3, *de adquir. rer. dom.* — (4) § 23, *h. t.* — (5) *Alfen. fr.* 38, *eod.*

autre côté, cette même accession n'attribue rien au maître des fonds *limitati*. Elle reste donc impuissante.

§ XXV.

358. Nous avons déjà vu que la propriété, et, par suite, le droit de revendiquer une chose, se conserve tant que la chose elle-même subsiste. Un fonds qui ne change pas de nature reste, par cela même, à son maître ([1]).

Le même principe va s'appliquer aux matières que l'industrie façonne et transforme en objets nouveaux, par exemple, un bloc de marbre en statue, un lingot de métal en vase de fonte, etc. La statue ou le vase, considérés comme objets nouveaux, ne peuvent appartenir qu'à celui qui les crée; mais, en sens inverse, si l'on examine la matière, on soutiendra que le bloc sculpté ou le lingot coulé sont toujours le même marbre ou le même métal, et que la matière subsiste indépendamment des formes dont on l'a revêtue, et, dans ce sens, il faudra nécessairement décider que le nouvel objet continue d'appartenir au maître de la matière primitive.

La question ne souffre aucun doute pour celui qui travaille sur sa propre chose; mais, dans le cas contraire, on a longtemps discuté pour savoir à qui appartient le nouvel objet formé par une personne avec la matière d'autrui. La difficulté n'était pas de savoir si la chose ou le travail d'une personne profite à une autre personne, car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; mais, sauf l'indemnité qui sera due pour la matière ou pour l'industrie, les avis se sont partagés sur la question de savoir à qui appartient le nouvel objet. Les Proculéiens l'attribuaient au spécificateur, et les Sabiniens au maître de la matière ([2]). D'après un troisième avis (*media sententia*) qui a prévalu, on a fini par distinguer si la matière façonnée peut ou non revenir à son état primitif. Dans le premier cas, elle reste à son ancien maître; dans le second cas, la chose appartient au spécificateur. Cette distinction est développée ici par des exemples suffisants (*a*). Ajoutons seulement que le spécificateur n'est

([1]) § 24, *h. t.* — ([2]) *Gaius*, 2 *inst.* 70.

(*a*) Observez relativement au blé, que tous les grains existent dans l'épi, et qu'en les dégageant on ne forme rien de nouveau. La transformation du raisin ou des olives en vin ou en huile n'a donc rien de commun avec la chute du grain qui se détache de l'épi (*Gaius*, *d. fr.* 7, § 7).

pas précisément la personne qui travaille de ses propres mains, mais plutôt celle pour le compte de qui l'ouvrage a été fait, *cujus nomine factum sit* (1).

359. Dans le système de l'accession, on assure gravement que cette longue controverse a pour unique but de savoir si la forme est l'accessoire de la matière, ou la matière un accessoire de la forme. Interrogeons les textes.

Un navire ou une étoffe confectionnés avec l'arbre ou avec la laine d'autrui appartiennent au fabricateur, par cette raison que l'arbre ou la laine n'existe plus, *quia cupressus non maneret, nec lana :* il y a seulement *cupresseum aut laneum corpus* (2); et réciproquement, tant que la matière se conserve, elle continue d'appartenir au même propriétaire, *materia manente me dominum manere* (3). Cette double décision explique parfaitement quelle était la question débattue entre les Proculéiens et les Sabiniens. Les premiers, s'attachant à l'axiome *forma dat esse rei*, voyaient dans la spécification une sorte de création qui, en formant un objet nouveau *quod ante nullius fuerat*, dénature la matière, quelle qu'elle soit. En conséquence, ils appliquaient sans distinction la maxime *extinctæ res vindicari non possunt* (4), et refusaient toujours la revendication au maître de la matière. Les Sabiniens, sans nier le principe, en contestaient l'application : suivant eux, la matière se conserve sous toutes les formes, et par suite peut toujours être revendiquée.

Lorsque l'esprit de secte est devenu moins exclusif, une distinction a été admise : la matière qui peut revenir à son état primitif et dont la substance peut reparaître n'est pas détruite, et conséquemment, quelle que soit sa nouvelle forme, elle continue d'appartenir à son premier maître. Alors il y a conservation, et non pas acquisition de propriété. Dans le cas contraire, la spécification, en détruisant sans retour la substance primitive, forme un objet nouveau qui appartient au spécificateur, QUIA QUOD FACTUM EST ANTEA NULLIUS FUERAT (5), c'est-à-dire par droit d'occupation.

360. Que décider si le spécificateur, au lieu de concourir à la formation du nouvel objet par son industrie seulement, fournit aussi une partie de la matière? Dans ce cas, dit Justinien, le nouvel objet doit, sans aucun doute (*dubitandum non*

(1) *Pomp. fr.* 27, § 1; V. *Callistr. fr.* 25, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 26, *pr.*, *de adquir. rer. dom.* — (3) *Paul. fr.* 24, *eod.* — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 79. — (5) *Gaius, fr.* 7, § 7, *de adq. rer. dom.*; V. *Paul. fr.* 24 *et* 26, *eod.*

est), appartenir au spécificateur. Cette décision est indubitable, en effet, lorsqu'on l'applique dans le sens des exemples cités par le texte, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de matières qui ne peuvent point revenir à leur premier état; mais, dans le cas inverse, chacune des matières qui ont été mises en œuvre conserve sa substance, et continue d'appartenir au même propriétaire ([1]). Le nouvel objet appartiendra donc aux différents maîtres des matières avec lesquelles il a été confectionné ([2]).

361. Cette décision, conforme à la distinction qui a prévalu [358], repose, comme les précédentes, sur ce principe, que le propriétaire conserve un droit exclusif sur sa chose tant que celle-ci continue d'exister. C'est toujours à la conservation de la substance qu'on se réfère; et la décision dérive uniquement de cette circonstance, que la chose change ou ne change pas de nature (*a*). En effet, dans le premier cas, celui qui était propriétaire et qui ne l'est plus, perd le droit de revendiquer : EXTINCTÆ RES VINDICARI NON POSSUNT.

Mais si nous ne pouvons pas revendiquer une chose qui n'existe plus, ceux qui profitent de notre perte doivent au moins nous indemniser. Aussi l'action personnelle, qu'on appelle condiction, est-elle souvent admise au défaut de la revendication. Celui à qui appartenaient les matières employées à confectionner un objet nouveau agira donc par la condiction, non seulement contre le voleur s'il y a eu vol, mais aussi contre plusieurs autres possesseurs ([3]), et notamment contre le spécificateur qui, devenant propriétaire du nouvel objet, ne doit cependant pas s'enrichir aux dépens d'autrui ([4]).

§ XXVI.

362. Entre autres exemples cités dans le texte précédent, il a été question d'un habit fait par une personne avec la laine d'autrui. Cet habit reste au spécificateur, parce qu'il n'existe

([1]) *Ulp. fr.* 5, § 1, *de rei vind.* — ([2]) *Ulp. d. fr.* 5, § 1, *in fin.* — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 79. — ([4]) *Cels. fr.* 32, *de reb. cred.*

(*a*) Neque enim speciem commutat (§ 24, *h. t.*); in sua substantia durant (§ 28, *h. t.*); speciem pristinam non continet (*Ulp. fr.* 5, § 1, *de rei vind.*); materia manente..... dominum manere (*Paul. fr.* 24, *de adq. rer. dom.*); quia cupressus non maneret..... nec lana, sed cupresseum aut laneum corpus (*Paul. fr.* 26, *eod.*).

plus de laine, mais seulement une étoffe de laine ([1]). Ici, au contraire, on suppose que la pourpre d'une personne a été appliquée sur l'habit d'autrui, et alors l'habit reste le même. La pourpre, quoique plus précieuse, n'est qu'un ornement, un accessoire de l'habit (*accessionis vice cedit vestimento*). Conséquemment, si cet habit, ou, pour parler en termes généraux, si l'objet principal est possédé par tout autre que son maître, celui-ci peut incontestablement revendiquer sa chose dans l'état où elle se trouve. Il la revendiquera même contre le propriétaire de l'accessoire, sauf à payer la valeur de cet accessoire, pour n'être pas repoussé par l'exception de dol ([2]).

363. Suit-il de là que l'accessoire, et spécialement la pourpre dont il s'agit ici, n'appartienne plus à son premier maître? Justinien le fait croire en proclamant ici la maxime *extinctæ res*, et en refusant la revendication à celui qui *dominus fuit purpuræ;* mais il est facile de voir que cette phrase, écrite par Gaïus pour un cas tout différent, c'est-à-dire pour la spécification des matières qui ne reprendront jamais leur ancienne forme, a été transposée par Justinien, qui, en la déplaçant, en a dénaturé le sens. La pourpre est si peu *res extincta* qu'on peut la revendiquer dès qu'elle n'est plus adhérente à l'étoffe d'autrui, et qu'on peut même agir (*ad exhibendum*) pour la faire détacher ([3]).

Ainsi la pourpre, accessoire de l'habit, n'a pas changé de maître. L'accession, tant qu'elle subsiste, empêche, il est vrai, de revendiquer l'accessoire, *ea* QUAMDIU COHÆRENT, *dominus vindicare non potest;* mais cet obstacle temporaire étant levé par l'action *ad exhibendum*, la revendication reprend son empire, et sauf une exception (*a*) qui, au besoin, confirmerait le principe, la même règle s'étend à tous les cas d'accession ([4]).

([1]) *Laneum corpus; Paul. fr. 26, de adq. rer. dom.* — ([2]) *Paul, fr. 23, §§ 2-4, de rei vind.* — ([3]) *Paul. fr. 5; Ulp. fr. 7, §§ 1 et 2, ad exhib.* — ([4]) *Paul. d. fr. 23, § 5, de rei vind.*

(*a*) Dans le cas de *ferruminatio*, suivant Paul (*d. fr.* 23, § 5, *de rei vind.*), le maître de l'accessoire perd sa propriété, et ne la recouvre pas lors même qu'il y a séparation, quia *ferruminatio facit confusionem* [v. 365]. Il paraît que la *ferruminatio* s'opère en coulant un métal quelconque sur un objet de même métal, par exemple, sur une statue de fonte pour lui refaire un bras. Pomponius, modifiant la décision de Cassius, l'un des principaux Sabiniens, considère la *ferruminatio* comme une sorte de confusion ou même de spécification. Les Proculéiens, au contraire, voulaient

§§ XXVII et XXVIII.

364. Justinien s'occupe ici du mélange des choses appartenant à différents maîtres.

On suppose d'abord que le mélange a lieu d'un commun accord (*consensu dominorum, voluntate vestra*), et alors, comme chacun dispose librement de sa chose, c'est la volonté des propriétaires qui règle les effets du mélange ; ainsi donc, au lieu d'une propriété distincte appartenant à chacun sur l'objet dont il se trouvait auparavant l'unique maître, il n'existe plus qu'une propriété commune et indivise sur le résultat total du mélange, *totum id corpus quod ex confusione fit.* Ici le concours des volontés agit indépendamment de toute autre circonstance, et l'on ne distingue pas si les choses mélangées sont de même nature, ou si la combinaison de substances diverses produit un objet nouveau. On n'examine même pas si les choses changent ou non de substance : il en est des grains comme des liqueurs ; les uns et les autres deviennent communs par la volonté des propriétaires, quoique chaque grain conserve sa nature primitive.

Cette circonstance, indifférente lorsque le mélange se fait d'un commun accord, devient décisive dans le cas contraire. Le hasard ou le fait d'une seule personne ne suffisent pas pour rendre communs les objets qui, malgré le mélange, conservent leur substance. Ainsi chaque grain de blé, comme chaque tête de bétail, continue d'appartenir au même propriétaire.

365. Le mélange des choses liquides, que l'on nomme confusion, laisse bien rarement distinguer la chose de chacun. Aussi, quoique les propriétaires n'y aient pas consenti (1), le résultat de la confusion devient-il commun lorsque les substances sont dénaturées. Autrement, chacune des choses qui restent distinctes et reconnaissables malgré leur confusion, continue d'appartenir à son ancien maître ; *quia etsi confusa, manet tamen* (2).

366. Lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs

(1) § 27 *in fin., h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 5, § 1, *de rei vind.*; V. *Callistr. fr.* 12, § 1, *de adq. rer. dom.*

---

que chaque portion de matière restât à son premier maître (*Pomp. fr.* 27, § 2, *de adq. rer. dom*).

personnes, il existe entre elles une sorte de société, et par suite des obligations mutuelles, d'où résulte, pour chacun des copropriétaires, une action en partage, dite *communi dividundo* (1). Au contraire, lorsque, malgré le mélange ou la confusion, chacun conserve ce qui lui appartenait, il n'y a point de partage à opérer; chacun reprend sa chose, en faisant reconnaître sa propriété. Conséquemment, si l'un des propriétaires *détient* la totalité du mélange, par exemple la totalité des grains, l'autre exercera l'action *in rem*, c'est-à-dire qu'il revendiquera la mesure de blé qui lui appartient et qui se trouve dans la masse (*pro modo frumenti*, etc.); mais en attribuant au demandeur la quantité qu'il avait auparavant, le juge avantagerait le propriétaire dont le blé était inférieur en qualité. Il faut donc avoir égard non seulement à la quantité, mais aussi à la *qualité* des grains; aussi le juge estimera-t-il *quale cujusque frumentem fuerit*, en profitant de la faculté que lui donne l'action en revendication, de déterminer équitablement un genre de satisfaction que le défendeur devra donner à son adversaire pour éviter d'être condamné [1257]. C'est à cette satisfaction qu'on se réfère ici, en disant que l'estimation des grains *arbitrio judicis continetur*.

§ XXIX.

367. Les bâtiments sont toujours une dépendance du sol, *omne quod solo inædificatur, solo cedit;* ainsi la maison construite sur mon terrain ne peut appartenir qu'à moi, lors même qu'elle est construite, comme on le suppose ici, avec les matériaux d'autrui. Cependant, si la maison prise dans son ensemble appartient au maître du sol, chacun des matériaux, considéré isolément, reste à son ancien propriétaire (*nec tamen ideo*, etc.). Celui-ci pourrait donc faire distraire sa chose et la revendiquer ensuite, si l'on ne devait pas éviter au constructeur de bonne foi la perte souvent très considérable qui résulterait de la démolition. Effectivement, *ne ædificia rescindi necesse sit* (*a*), la

(1) § 3, *de obl. quasi ex contr.*; § 5, *de offic. jud.*

(*a*) *Ne ædificia rescindi necesse sit* (*text. hic*), *ne quis eximere cogatur* (*Gaius; fr.* 7, 10, *de adquir. dom.*). C'est mal à propos qu'on invoque ici une considération tirée de l'*aspectus urbis*, *ne ruinis urbs deformetur*, considération étrangère à la loi des douze Tables, mais admise beaucoup plus tard sous Adrien et sous Vespasien, pour

loi des Douze Tables suspend (*tantisper*) l'exercice de l'action en revendication jusqu'au moment où l'édifice est détruit *aliqua ex causa*. Dans l'intervalle, la revendication étant prohibée, on n'admet pas non plus l'action *ad exhibendum*.

368. Après la démolition, rien n'empêche le propriétaire des matériaux de les revendiquer, à moins qu'il n'ait cessé d'en avoir la propriété en recevant l'indemnité que la loi des Douze Tables l'autorise à exiger par l'action *de tigno juncto*, et qui est fixée, pour toute espèce de matériaux, au double de leur valeur.

Cette action se donne contre le constructeur, lorsqu'il est de bonne foi. Quant à celui qui emploie sciemment les matériaux d'autrui, il ne mérite pas la même indulgence, *nec enim parci oportet ei*, dit Ulpien (1), aussi est-il soumis à l'action *ad exhibendum* (2). Toutefois on ne le considère pas alors comme un possesseur contre qui les matériaux puissent être revendiqués; l'action *ad exhibendum*, dans ce cas, n'aboutit pas à une démolition forcée, mais à une condamnation pécuniaire que le constructeur encourt pour s'être mis sciemment, et conséquemment par dol, dans l'impossibilité d'exhiber, *quasi dolo fecerit quominus possideat* (3). Nous verrons plus loin [1214] combien cette condamnation est rigoureuse.

§ XXX.

369. Aux constructions faites par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, Justinien oppose les constructions qu'une personne fait sur le fonds d'autrui avec ses propres matériaux. Ici, comme précédemment, l'édifice n'est qu'une dépendance du sol, *illius fit domus cujus et solum est;* mais il y

(1) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de tign. junct.* — (2) *Paul. fr.* 23, § 6, *de rei vind.* — (3) *Ulp. d. fr.* 1, § 2.

empêcher la démolition de certains édifices, et l'enlèvement des marbres ou des colonnes qui les décorent. (*Alex. C.* 2 *de æd. priv.*; v. *Marcian. fr.* 48, *de damn. inf.*; *Ulp. fr.* 41, § 1 *et* 9, *de legat.* 1°; *Cuj.* 5 *obs.* 26). La considération de l'*aspectus urbis* est aussi admise par le droit prétorien dans plusieurs circonstances étrangères au sujet qui nous occupe (V. *Julian. fr.* 7, *ne quid in loc. publ.*; *Ulp. fr.* 12, *eod.*; *fr.* 20, § 10, *de op. nov. nunciat.*).

La disposition de la loi des Douze Tables tient à un motif plus général, qui s'applique aux campagnes comme aux villes. En effet, lorsqu'un propriétaire a placé dans sa vigne les échalas d'autrui, la loi en suspend aussi la revendication (*Ulp. fr.* 1, *pr.* 9, *de tign. junct.*).

a, quant aux matériaux, cette différence, qu'ils ont été employés par leur véritable maître, et son fait est considéré comme une aliénation tacite, du moins lorsqu'il construit de mauvaise foi, sur un terrain dont il sait n'être pas propriétaire. Aussi ne peut-il, dans ce cas, ni agir *ad exhibendum*, ni revendiquer, même après la démolition de l'édifice (1).

370. On est moins sévère pour le constructeur de bonne foi qui se croyait propriétaire du sol, et à qui l'on ne suppose pas l'intention d'aliéner ses matériaux ; il peut donc les revendiquer après la démolition de l'édifice (2). On a même cherché, dans l'intérêt du constructeur de bonne foi, une voie légale pour lui procurer une indemnité ; et l'on s'est accordé (*certe illud constat*) sur un point, savoir, que le propriétaire du sol, devenu propriétaire du bâtiment, pourra sans doute le revendiquer (*petat domum suam esse*), mais que s'il refuse de payer les matériaux et la main-d'œuvre, il sera repoussé *per exceptionem doli mali*. Ceci nous oblige à donner ici une notion sommaire des actions et des exceptions.

371. Le préteur, en donnant une action, pose au juge une question à examiner, et lui ordonne de condamner le défendeur, si la question est affirmativement résolue, par exemple, dans la revendication, si le demandeur est propriétaire de l'objet revendiqué. Souvent aussi le préteur subordonne la condamnation à l'examen d'une seconde question : alors il y a exception, et spécialement *exceptio doli*, lorsqu'il s'agit de savoir si le demandeur commet un dol, c'est-à-dire s'il ne cherche pas à s'enrichir au détriment du défendeur [1320].

Pour condamner le défendeur, à qui a été accordée l'*exceptio doli*, il faut résoudre contre lui deux questions au lieu d'une : la question de propriété d'abord, et ensuite la question de dol. Pour ne pas succomber sur cette seconde question, le propriétaire devrait, suivant notre texte, payer tous les frais de construction (*pretium materiæ et mercedes fabrorum*) ; mais, en réalité, il suffit qu'il ne profite pas de la dépense d'autrui. Par conséquent, si la valeur ajoutée au terrain par les constructions excède la dépense, le propriétaire devra payer, comme le dit Justinien, *pretium materiæ et mercedes fabrorum ;* dans le cas

(1) *Text. hic ; Gaius, fr. 7, § 12, de adquir. rer. dom.* — (2) *Anton. C. 2, de rei vind.*

contraire, il suffira de payer la valeur dont le terrain est augmenté [1].

372. L'exception que l'on accorde ainsi au constructeur suppose nécessairement qu'il est en possession du terrain (*in possessione constituto ædificatore*); car, autrement, il n'aurait pas même à repousser l'action du propriétaire, puisque la revendication n'a lieu que contre le détenteur. Le constructeur qui ne possède plus ne peut donc recouvrer, par voie d'exception, aucune indemnité; et il n'a point d'action pour agir contre le propriétaire [2].

373. Le texte refuse au constructeur de mauvaise foi le droit de revendiquer les matériaux, même après la démolition du bâtiment [369], parce qu'on lui suppose l'intention tacite de les aliéner, et même d'en gratifier le propriétaire du terrain; mais une pareille intention ne doit jamais se présumer. Aussi le constructeur, lorsqu'il est de mauvaise foi, est-il admis à revendiquer, après la démolition, les matériaux qu'il a employés sur le fonds d'autrui [3]. On lui accorde aussi l'exception de dol contre le propriétaire, si ce dernier ne laisse pas enlever tout ce qui peut être retiré sans dégradation, ou n'offre pas le prix que le possesseur en obtiendrait après l'enlèvement [4].

§§ XXXI et XXXII.

374. Ce qu'on a dit des constructions s'applique également aux arbres plantés et aux graines semées sur le terrain d'autrui, en observant toutefois que la propriété ne change qu'au moment où la plante a pris racine (*ex eo tempore quo radices egerit*). On en donne cette raison, que les sucs nourriciers fournis à l'arbre par un autre sol en font un arbre nouveau, qui, même après avoir été arraché, ne retourne point au précédent propriétaire [5]. Ainsi, l'arbre primitif n'existe plus; le nouveau maître, acquérant un objet nouveau qui n'appartient à personne, l'acquiert donc par occupation.

S'il est vrai qu'un arbre dépende exclusivement du sol qui nourrit ses racines, la situation du tronc devient indifférente, et celui qui s'élève sur votre terrain, près de la limite (*prope*

(1) *Cels. fr. 38, de rei vind.* — (2) *Julian. fr. 33, de condict. indeb.: Paul. fr. 14, de dol. mal. et met. except.* — (3) *Anton. C. 2, de rei vind.* — (4) *Ulp. et Cels. fr. 37 et 38, eod.* — (5) *Paul. fr. 26, § 2, de adq. rer. dom.*

confinium), peut n'être pas à vous seul. Il ne vous appartiendra que pour partie, si les racines, au lieu de rester toutes sur votre héritage, se portent aussi dans l'héritage voisin : enfin, si toutes les racines se portent dans le fonds de Titius, ce n'est plus à vous, mais à Titius que l'arbre appartient.

375. Précédemment [352], on a décidé que le terrain déplacé par la violence des eaux ne change pas de maître. Après avoir ainsi statué relativement à la terre, le même texte ([1]) s'occupe des arbres qu'elle porte, et, prévoyant qu'à la longue ceux-ci introduiront leurs racines dans l'héritage voisin, il déclare que ce dernier en deviendra par cela même propriétaire. Si l'on rapproche cette décision de la précédente [374], la comparaison des deux textes (§§ 21 et 31) démontre leur parfaite similitude. L'un et l'autre s'occupent des arbres par opposition au terrain d'où s'élève le tronc; l'un et l'autre décident que le maître du terrain, qui est en même temps propriétaire des arbres, perdra ceux-ci en conservant le sol. En effet, dans le § 31, le maître dont les arbres vont chercher leur nourriture chez le voisin ne perd pas sa terre; pareillement, au § 21, les arbres qui, dans le même cas et par la même raison, sont acquis à un nouveau maître, ne doivent pas entraîner la propriété du sol (*a*).

([1]) § 21, *h. t.*

(*a*) On décide généralement que le terrain déplacé par le fleuve est acquis au maître de la rive contre laquelle il a été poussé, à compter du moment où les arbres portent leurs racines d'un héritage dans l'autre. Alors il y a, dit-on, incorporation, cession, et conséquemment mutation de propriété. Au texte formel des Institutes (§ 21, *h. t.*), on oppose celui du Digeste (*Gaius*, *fr.* 7, § 2, *de adq. rer. dom.*). Il est impossible de ne pas voir que l'un est copié sur l'autre, sauf une différence de deux lettres qui substitue le singulier au pluriel, en sorte que la mutation de propriété s'applique, dans les Institutes, aux arbres, et dans le Digeste, au terrain même. Évidemment l'un des deux textes doit être rectifié par l'autre. Faut-il préférer celui du Digeste? Je ne puis me le persuader, surtout lorsque je vois Théophile confirmer la leçon des Institutes, et Gaius lui-même (2 *inst.* 71) statuer sur la propriété du terrain par une décision indépendante de tout événement postérieur. On oppose aussi un texte d'Ulpien (*fr.* 9, § 2, *de damn. infect.*), qui, à la vérité, nous montre un terrain incorporé à un autre, mais dans une hypothèse toute différente. Il s'agit en effet d'une couche de terre qui, sur un sol incliné, se détache, glisse, et vient couvrir l'héritage inférieur. Je conçois qu'en pareil cas le propriétaire de la couche inférieure devienne propriétaire de la couche superposée, lorsqu'elle se mêle et se confond avec la première (*coaluerit, unitatem fecerit; d. fr.* 9, § 2). Mais ici (§ 21, *h. t.*) la violence du fleuve n'établit qu'un voisinage, et je ne vois pas comment deux terres voisines se confondraient de manière à n'en plus faire qu'une. V. (*Thémis*, *t.* 6, *p.* 143).

376. Justinien, d'après Gaïus [1], fait dépendre les arbres du terrain qui nourrit leurs racines ; mais ce principe n'était pas universellement admis. Suivant Pomponius [2], au contraire, les arbres appartiennent au terrain d'où sort le tronc.

§§ XXXIII et XXXIV.

377. L'écriture et la peinture ne changent point la substance qui les reçoit. En continuant d'appliquer ici les mêmes principes, on déciderait donc que le maître de cette substance peut toujours revendiquer son papier ou son parchemin, sa toile ou sa planche, et par suite obtenir le manuscrit ou le tableau. Cette conséquence n'a jamais été contestée relativement à l'écriture ; mais les opinions ont été partagées à l'égard des tableaux [3]. Justinien préfère celle qui attribue au peintre la propriété du tableau, et cela parce que, comparativement à la peinture, la toile n'a, pour ainsi dire, aucune valeur.

378. Puisque le tableau appartient au peintre, celui-ci peut le revendiquer même entre les mains du propriétaire de la toile, sauf à payer la valeur de cette dernière pour n'être pas repoussé par l'exception de dol [370]. Mais si le peintre est en possession, comment le propriétaire de la toile sera-t-il indemnisé? Il aura une action utile (*utilis actio*) contre le peintre, sauf l'exception de dol que ce dernier opposera si on ne lui paie pas la peinture (*impensam picturæ*) ; et cette décision, qui semble contredire la précédente, est présentée ici comme une conséquence de la propriété qu'on attribue au peintre (*consequens est*, etc.). En effet, le propriétaire du tableau obtient la revendication directe, *rectam vindicationem* [4], et le maître de la toile une action utile (*utilis actio*), c'est-à-dire une de ces actions que différentes considérations d'équité font quelquefois accorder par extension en dehors du cercle fixé pour leur application primitive. Si donc la revendication directe appartient au peintre parce qu'il est propriétaire, la revendication accordée à tout autre, et notamment au maître de la toile, quoiqu'il ne soit pas propriétaire du tableau, ne peut être qu'une revendication utile.

379. Le maître de la toile, lorsqu'il possède le tableau, est forcé de le restituer au peintre qui le revendique en payant la toile : dans

(1) *Gaius, fr. 2 inst. 74 ; fr. 7, § 13, de adq. rer. dom.* — (2) *Fr. 6, § 2, arb. furt. cæs.*; V. *Paul. fr. 83, pro soc.* — (3) *Gaius. 2 inst. 78 ; fr. 9, § 3, de adq. rer. dom.*; *Paul. fr. 23. § 3, de rei vind.* — (4) *Gaius, fr. 9, § 2, de adquir. rer. dom.*

ce cas, nulle difficulté, parce que l'exception de dol assure au détenteur son indemnité. Mais ici, comme précédemment [372], la difficulté est de pourvoir à l'indemnité de ceux qui ne sont plus propriétaires et qui n'ont pas la possession. A cet égard, le maître de la toile a cet avantage, que sa chose subsiste toujours sous la peinture qui la couvre, et l'on profite ici de cette circonstance pour lui accorder une action réelle. Il revendique non pas précisément le tableau, mais la toile, et alors, pour éviter l'exception de dol, il doit offrir la valeur de la peinture. Cependant, si le peintre veut conserver le tableau en payant la toile, il doit avoir la préférence; car l'action utile accordée au maître de la toile n'est qu'un moyen indirect pour obtenir une indemnité, et l'artiste, qui pourrait revendiquer le tableau en payant la toile, peut certainement le conserver aux mêmes conditions. En effet, le juge a dans les actions arbitraires, et, par conséquent, dans la revendication, un pouvoir presque discrétionnaire pour déterminer, suivant la nature de chaque affaire, la satisfaction que le défendeur doit donner à son adversaire [1257].

On suppose ici que le peintre a travaillé de bonne foi sur la chose d'autrui; car autrement sa mauvaise foi entraînerait contre lui toutes les conséquences du vol (1).

§ XXXV.

380. Justinien continue à s'occuper de la revendication et des conséquences que cette action produit, selon qu'elle est dirigée contre un possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Outre les distinctions déjà établies relativement aux constructions, plantations, semences, etc., il existe encore, relativement aux fruits, des différences importantes.

Les fruits, et, en général, tous les produits d'une chose, sont une partie intégrante de cette chose jusqu'au moment où ils en sont séparés et commencent à former un objet distinct. Aussi, quiconque revendique un fonds revendique-t-il par cela même les fruits pendants, c'est-à-dire ceux qui tiennent encore au sol ou aux arbres (2). A leur égard, il ne peut exister aucune difficulté; si l'on distingue entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, c'est donc seulement à l'égard des fruits perçus.

381. Justinien les accorde au possesseur de bonne foi en

(1) § 34, *h. t.*; V. *Gaius*, 2 *inst.* 78. — (2) *Gaius*, *fr.* 44, *de rei vind.*

raison et comme indemnité de sa culture et de ses soins (*pro cultura et cura*); cette décision semble se référer à une distinction ancienne entre les fruits que la nature produit spontanément et ceux que fait naître la culture ([1]). Ces derniers sont les seuls que plusieurs jurisconsultes accordaient au possesseur de bonne foi; mais un autre système qui a prévalu lui attribue tous les fruits sans distinction. Il en devient propriétaire par la perception qu'il en fait (*quos percepit*), ou, pour parler plus exactement, par cela seul qu'ils ne tiennent plus au sol, de quelque manière et par quelque personne qu'ils en aient été séparés ([2]): car on ne considère ici ni le soin ni la semence qui ont fait naître les fruits, mais le fonds d'où ils sortent et dont ils se détachent, parce que le possesseur de bonne foi exerce, à l'égard des fruits, presque tous les droits du propriétaire jusqu'au moment où celui-ci se présente ([3]).

Alors que revendiquera ce dernier? Le terrain, et avec le terrain les fruits pendants, c'est-à-dire adhérents au sol dont ils font encore partie ([4]). Quant aux fruits perçus, le propriétaire n'a rien à réclamer pour ceux qui ont été consommés (*de fructibus ab eo consumptis*); mais le possesseur, quoiqu'il soit de bonne foi, rend les fruits qui existent encore ([5]). En effet, s'ils sont devenus siens par la perception, ce n'est que provisoirement, *interim* ([6]).

382. On possède une chose de bonne foi lorsqu'on l'a reçue de celui que l'on en croyait propriétaire, et lorsqu'on la détient, non comme fermier ou comme dépositaire, mais comme acheteur, comme donataire ou à tout autre titre, indiquant que la tradition a été faite *ex justa causa*, c'est-à-dire pour transférer la propriété [390]. En assimilant ici les cas de vente et de donation, Justinien exclut toute différence entre ceux qui possèdent à titre lucratif ou à titre onéreux. Ils acquièrent également tous les fruits perçus, pourvu que la bonne foi subsiste à l'époque de la perception (*a*).

Lorsque cette bonne foi n'a jamais existé, ou lorsqu'elle a

([1]) V. *Pomp. fr.* 45, *de usur.* — ([2]) *Paul. fr.* 48, *de adq. rer. dom.*; *fr.* 78, *de rei vind.* — ([3]) *Julian. fr.* 25, *pr. et* § 1, *de usur.* — ([4]) *Gaius, fr.* 44, *de rei vind.* — ([5]) *Diocl. et Max. C.* 22, *de rei vind.*—([6]) *Paul. fr.* 48, *de adq. rer. dom.*

(*a*) *Paul. d. fr.* 48, § 1, *de adq. rer. dom.* Cependant la cessation de la bonne foi n'interrompt pas l'usucapion du fonds, et par conséquent le possesseur peut devenir propriétaire, si l'on ne l'évince pas avant le temps prescrit. Dans ce cas, il ne

cessé ; ce qui arrive au plus tard à l'instant où le propriétaire obtient l'action en revendication (1), le possesseur doit compte de tous les fruits perçus, et même de ceux qui, n'ayant pas été perçus par lui, auraient pu l'être par le propriétaire (2). A cet effet, celui-ci agit par la revendication, tant pour le fonds que pour les fruits perçus et encore existants, et par la condiction pour les fruits consommés (3).

§ XXXVI.

383. Outre le possesseur de bonne foi, d'autres personnes acquièrent aussi les fruits qu'elles perçoivent sur le fonds d'autrui.

Tels sont l'usufruitier et le colon. Toutefois les fruits ne leur sont pas acquis, comme au possesseur de bonne foi, par cela seul qu'ils ont été séparés du sol. L'usufruitier n'en devient propriétaire que lorsqu'ils ont été perçus, c'est-à-dire récoltés par lui-même ou en son nom. Les fruits tombés, ceux qu'un voleur enlève, n'appartiennent point par cela seul à l'usufruitier, qui, sous ce rapport, a moins d'avantages que le possesseur de bonne foi (4). Cette différence entre eux vient précisément de ce que l'usufruitier, éloigné par son titre même de toute prétention à la propriété, détient le fonds sans le posséder [519]. Or, d'après le droit des gens, c'est la possession qui conduit à la propriété [340] ; pour acquérir les fruits, il faut donc que l'usufruitier commence par en prendre possession, en les percevant ou les faisant percevoir.

384. Si l'usufruitier acquiert les fruits moins facilement que le possesseur de bonne foi, il a du moins l'avantage de les acquérir pour toujours sans être jamais tenu d'en restituer aucun, lorsque finit l'usufruit ; parce que c'est à lui, et non au propriétaire, qu'appartient le droit de jouir.

L'usufruit ne se transmet pas héréditairement. Par conséquent, si l'usufruitier meurt, avant ou pendant la récolte, les

(1) *Diocl. et Max. C. 22, de rei vind.* — (2) *Paul. fr. 33, cod.; V. § 2, de offic. jud.* — (3) *Diocl. et Max. C. 16, de præd. et al. reb.; C. 3, de condict. ex leg.; Gordian. C. 4, de crim. expil. hered.* — (4) *Julian. fr. 25, § 1, de usur.; Ulp. fr. 12, § 5, de usufr.; Paul. fr. 13, quib. mod. us. amit.*

---

rend ni le fonds ni les fruits perçus, soit avant, soit après la cessation de sa bonne foi (V. *Julian. fr. 25, § 2, de usur.*).

fruits qui n'ont point été perçus par lui-même (*non aliter... quam si ipse perceperit*), c'est-à-dire de son vivant, ne peuvent, même lorsqu'ils seraient mûrs (*licet maturis fructibus*), être perçus par son héritier. Ils restent donc au propriétaire du fonds ([1]).

385. Ce qu'on dit de l'usufruitier s'applique, du moins en grande partie (*eadem fere*), au colon ou fermier qui récolte *voluntate domini* ([2]). Il ne possède pas plus que l'usufruitier, et par suite il n'acquiert les fruits qu'après les avoir perçus ou fait percevoir ([3]); mais la mort du fermier n'empêche pas ses héritiers de récolter en son lieu et place [1099], parce qu'elle n'éteint pas son droit ([4]).

§§ XXXVII et XXXVIII.

386. On a parlé jusqu'ici des fruits que donne la terre. Les bestiaux donnent aussi des fruits; leur lait, leur laine et leur poil sont acquis, d'après les règles et distinctions précédentes, au possesseur de bonne foi, à l'usufruitier et au colon. Il en est de même pour les agneaux qui naissent, et en général pour toute espèce de croît, tel que chevreaux, veaux, poulains, etc. ([5]).

387. Par opposition au croît des animaux, l'enfant dont une esclave accouche appartient toujours au maître de la mère, parce que cet enfant n'est pas un fruit ([6]).

Cette distinction entre le part d'une esclave (*partus ancillæ*) et le croît des animaux serait superflue, si le propriétaire avait la possession et la pleine propriété de sa chose : dans ce cas, il en aurait tous les produits. Mais lorsqu'un étranger a l'usufruit ou la possession, alors parmi les produits, qui en général appartiennent au propriétaire, on distingue, sous le nom de fruits, ceux que l'on tire d'une chose par l'emploi auquel cette chose est destinée. Ainsi, le croît des animaux est un fruit, parce qu'on les entretient pour accroître et multiplier son bétail; nos esclaves, au contraire, sont destinées à travailler plutôt qu'à produire d'autres esclaves : *non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant* ([7]). Les fruits d'une esclave

([1]) *Text. hic; Paul. fr.* 13, *quib. mod. usufr.* — ([2]) *Afric. fr.* 61, § 8, *de furt.* — ([3]) *Javol. fr.* 60, § 5, *locat. cond.* — ([4]) § 6, *de locat.; Gordian. C.* 10, *eod.* — ([5]) *Text. hic; Paul. fr.* 4, § 19, *de usurp.; Gaius, fr.* 28, *de usur.* — ([6]) *Text. hic; Gaius, d. fr.* 28, § 1. — ([7]) *Ulp. fr.* 27, *de hered. pet.*

ne consistent donc pas dans les enfants qu'elle met au monde, mais dans les profits que l'on tire de son travail ([1]).

388. Suivant Gaïus ([2]), il serait absurde que l'homme, à qui la nature destine tous les fruits, fût lui-même au nombre des fruits; et cependant Gaïus lui-même ([3]) ne fait aucune difficulté d'assimiler les esclaves aux bestiaux. Remarquons d'ailleurs que l'enfant est toujours esclave comme sa mère; la question est uniquement de savoir s'il aura pour maître l'usufruitier ou le nu-propriétaire. L'enfant, et par conséquent la dignité de l'espèce humaine, sont donc parfaitement désintéressés.

Le § 38 sera expliqué plus loin [420], sur le titre *de usufructu*. Voyons maintenant comment se transmet la propriété.

§ XL.

389. La propriété s'établit primitivement par la possession des choses qui n'appartiennent encore à personne [340]. Quant aux objets dont un autre est déjà propriétaire, nous ne pouvons les acquérir sans qu'ils cessent d'appartenir à leur premier maître, et alors il y a translation de propriété, c'est-à-dire acquisition d'une part, et aliénation de l'autre, aliénation qui, dans le droit des gens, suppose nécessairement le consentement du propriétaire ([4]).

La tradition n'est rien autre chose qu'une remise de la possession (*a*), et la propriété nous est transférée *per traditionem* lorsque la chose nous a été livrée par le propriétaire, ou lorsque nous en avons pris possession avec son consentement.

Quant au nouveau propriétaire qui reçoit la tradition, sa volonté n'est pas moins indispensable pour acquérir, que la volonté de l'autre partie pour aliéner ([5]); mais, du reste, on ne s'arrête pas à la dissidence qui existerait *circa causam dandi*

([1]) *Gaius, fr.* 3 *et* 4, *de oper. serv.* — ([2]) *Text. hic*; *fr.* 38, § 1, *de usur.* — ([3]) *Fr.* 2, § 2, *ad leg. aquil.* — ([4]) *Text. hic*; *Gaius, fr,* 9, § 3, *de adq. rer. dom.*; *Pomp. fr.* 11, *de reg. jur.* — ([5]) *Alex. C.* 2, *de adq. poss.*; *Diocl. et Max. C.* 12, *de contrah. empt.*

(*a*) Ce qu'on dit ici de la tradition s'applique exclusivement aux choses corporelles, et à toute chose corporelle, *cujuscumque generis sit* (*text. hic*). Nous reviendrons plus loin (454 *et suiv.*) sur cette proposition et sur la distinction des fonds stipendiaires et tributaires dont parle notre texte. Quant aux choses incorporelles dont nous parlerons bientôt (404), on ne les possède pas (*Paul. fr.* § 274 *de usurp.*), et conséquemment on ne les acquiert point par tradition (*Gaius, fr.* 43, § 1, *de adquir. rer. dom.*).

atque recipiendi, lorsque les parties sont d'accord sur l'objet à transférer et sur la translation même ; par exemple, si je me crois obligé par testament à livrer une chose dont le prétendu légataire croit être créancier par suite d'une stipulation ; ou si je remets à Titius une somme dont je veux lui faire donation, tandis qu'il entend ne recevoir qu'un prêt. CONSTAT PROPRIETATEM TRANSIRE (1), quoiqu'il n'y ait dans ce cas ni donation ni prêt.

390. Le doute sur la volonté des parties s'explique, non par le simple fait de la tradition (2), mais par les circonstances qui l'ont précédée ou accompagnée, et qui, par cela même, en indiquent le but. En effet, on livre souvent une chose sans aucune intention d'aliéner, mais seulement pour la mettre en gage ou en dépôt, ou pour la prêter à un ami. Dans ces différents cas, et autres semblables, la tradition ne transfère pas la propriété, parce que telle n'a pas été l'intention des parties ; mais lorsqu'on livre une chose pour faire une libéralité (*ex causa donationis*), il devient évident que le donateur a voulu aliéner (3). Il en est de même de la tradition faite pour constituer une dot (*ex causa dotis*), ou dans tout autre but (*qualibet alia ex causa*), qui suppose la même intention. Alors, et par opposition au cas de gage, de dépôt ou de commodat, on dit qu'il y a juste titre, *justa causa*, par exemple, lorsque la tradition est faite à l'occasion et par suite d'une vente.

§ XLI.

391. Cependant le vendeur et le donateur n'agissent pas précisément dans le même but. Le donateur qui livre sa chose ne peut avoir d'autre intention que celle d'aliéner : le vendeur, au contraire, livre pour toucher le prix de la vente ; l'aliénation de sa chose n'est pas pour lui un but, mais seulement un moyen. Aussi, malgré la tradition qu'il a reçue, l'acheteur ne devient-il propriétaire qu'en donnant satisfaction au vendeur, soit par le paiement du prix (*si pretium solverit*), soit par l'accomplissement de toute autre condition dont celui-ci se contenterait (*a*). Enfin, comme tout dépend du vendeur, il peut aussi

(1) *Javol. fr.* 52, *de obl. et act.* — (2) *Julian. fr.* 36, *de adq. rer. dom.*; *Paul. fr.* 2, § 1, *de obl. et act.*; V. *Ulp. fr.* 18, *de reb. cred.* — (3) *Paul. fr.* 31, *de adq. rer. dom.*

(*a*) *Vel alio modo ei satisfecerit*, par exemple, si le vendeur accepte un gage, un fidéjusseur ou un EXPROMISSOR (*pignore aut expromissore dato, text. hic*; *Gaius*,

aliéner immédiatement, sans autre garantie que sa foi dans la solvabilité de l'acheteur ; c'est là ce qu'on appelle *fidem emptoris sequi* (1). Du reste, la volonté de transférer ainsi la propriété ne se présume pas.

§§ XLII et XLIII.

392. Le propriétaire qui livre lui-même sa chose aliène par son propre fait, *a domino tradita alienatur* (2). Mais le fait personnel du propriétaire importe bien moins que sa volonté : il est donc indifférent que la chose soit livrée par lui ou par tout autre, agissant avec son consentement.

La volonté du propriétaire aliène encore par le fait d'autrui, lorsqu'une personne, à laquelle il avait confié la libre administration de tous ses biens (*libera universorum negotiorum administratio*), livre un des objets compris dans son administration (*a*).

393. Jusqu'ici nous avons considéré le propriétaire comme pouvant toujours disposer de sa chose, et comme étant seul capable d'en disposer. Effectivement, le droit d'aliéner est une conséquence naturelle du droit de propriété (3) ; d'un autre côté, nul ne pouvant transférer les droits qu'il n'a pas lui-même, la tradition ne transmet que ce qui appartenait aux personnes par qui la chose est livrée (4). Mais si telle est la règle générale,

(1) *Text. hic; Pomp. fr.* 19, *de contrah. empt.* — (2) § 40, *h. t.* — (3) § 40, *h. t.* — (4) *Ulp. fr.* 54, *de reg. jur.; fr.* 20, *pr. et* § 1, *de adq. rer. dom.; Diocl. et Max. C.* 14, *de donat.*

---

fr. 53, *de contrah. empt.*). L'EXPROMISSOR s'oblige pour le débiteur, c'est-à-dire ici, pour l'acheteur, en prenant sa place, et alors l'obligation de ce dernier se trouve éteinte par novation [§ 3, *quib. mod. toll. obl.*]. Le fidéjusseur, au contraire, s'oblige pour le débiteur en s'adjoignant à lui, et par conséquent sans le libérer (V. *liv.* 3, *tit* 20).

(*a*) § 43, *h. t.* Suivant Modestinus, au contraire, l'administrateur général ne peut aliéner que les fruits ou autres objets susceptibles de se corrompre (*fr.* 63, *de adq. rer. dom.*; V. *Diocl. et Max.*, *C.* 16, *eod.*). Quelques auteurs ont distingué parmi les mandataires généraux ceux qui ont une administrationlibre (*libera administratio; text. hic*, *Gaius*, *fr.* 9, § 4, *de adq. rer. dom.*; V. *Paul.*, *fr.* 58, *de procur.*), et ont reconnu à ces derniers seulement le pouvoir d'aliéner (*Pothier*, 3 *Pand.*, 3, *n*os 3 *et* 8; *Mandat*, *ch.* 5, *art.* 2). D'autres auteurs combattent cette distinction, et pensent que le pouvoir d'administrer contient le pouvoir d'aliéner, comme le dit ici Justinien, mais seulement lorsque les circonstances ou la nature des affaires l'exigent (*Vinnius*, § 1, *h. t.*, *select. quæst*, *lib.* 1, *cap* 9). Quoi qu'il en soit, un administrateur ne doit pas en général aliéner gratuitement (V. *Ulp.*, *fr.* 7, *pr. et* § 1, *de donat.*); aussi notre texte suppose-t-il une tradition faite à titrede vente (*vendiderit et tradiderit*).

nous verrons plusieurs cas particuliers où le propriétaire ne peut pas aliéner sa chose, et d'autres, en sens inverse, ou certaines personnes aliènent ce qui ne leur appartient pas (1). Tout ce qu'on a dit du propriétaire et de son consentement, s'applique donc au propriétaire capable d'aliéner.

§ XLIV.

394. On suppose ici qu'un propriétaire vous a loué ou prêté sa chose, ou qu'il l'a mise en dépôt chez vous. Dans ces différents cas, la tradition ne vous a pas transféré la propriété [396]; mais, pendant que la chose se trouve encore entre vos mains, le propriétaire consent à vous en faire vente ou donation, et alors sa simple volonté suffit pour aliéner sans tradition (*sine traditione*). Cependant, d'après un principe célèbre, ce ne sont point les conventions, ce sont les traditions qui transfèrent la propriété (2); mais, si la tradition est nécessaire, c'est uniquement pour donner la possession, et il serait superflu de vous livrer une chose que vous avez entre les mains. Toutefois l'aliénation, dans ce cas, ne résulte directement ni des obligations que s'est imposées le vendeur, ni du consentement qui les a formées, mais bien du consentement spécial à ce que la chose vendue ou donnée soit désormais votre propriété, *eo ipso quod patitur tuam esse* (3). A compter de ce moment, si vous devenez propriétaire sans tradition, ce n'est pas du moins sans possession (4).

395. Pareillement, lorsque le vendeur ou le donateur conserve la chose, non plus comme propriétaire, mais comme locataire ou comme usufruitier, conformément aux conventions qu'il a faites avec l'acheteur ou avec le donataire, évidemment il considère la propriété comme déjà transférée; car nul ne peut être ni locataire ni usufruitier de sa propre chose (5). Dans ce cas, la propriété est transférée sans tradition, parce que l'acheteur ou le donataire, bien qu'il n'ait pas reçu la chose, la possède néanmoins, soit par l'usufruitier, soit par le locataire qui détiennent pour lui et en son nom (6). En effet, on peut acquérir la possession par le fait d'autrui, et arriver par cette possession à la propriété même [523].

(1) V. *tit.* 8, *quib. alien. lic.* — (2) *Diocl. et Max. C.* 20, *de pact.* — (3) *Text. hic; Javol. fr.* 55, *de obl. et act.* — (4) *Gaius, fr.* 9, § 5; *Pomp. fr.* 21, *de adq. rer. dom.* — (5) *Pr. et* § 4, *de usufr.; Ulp. fr.* 45, *de reg. jur.* — (6) § 5, *de interd.*

§ XLV.

396. Pour transférer la propriété des marchandises déposées dans un magasin, il n'est pas nécessaire que chacune d'elles passe précisément de la main du vendeur dans celle de l'acheteur : il suffit de remettre à ce dernier les clefs du magasin, pour lui transférer en même temps la possession et la propriété des marchandises ([1]) ; car quiconque tiendra les clefs du contenant aura le contenu en sa puissance. En effet, nous possédons tout ce qui est remis et abandonné à notre disposition, tout ce qui est sous notre garde, soit que la chose nous ait été livrée dans la main, soit que nous la tenions sous clef, sous la surveillance d'un gardien ou même sous nos yeux ([2]).

Dans ces différents cas et autres semblables, la propriété transférée sans tradition ne l'est jamais sans une possession véritable. Il est donc inutile de recourir à des suppositions gratuites, d'imaginer qu'à défaut de tradition réelle, il existe ici une tradition fictive, en ce sens que les clefs seraient considérées comme un symbole (*a*) des marchandises contenues dans le magasin. Ce prétendu symbole, si l'on admettait cette fiction, serait partout le même, et il importerait peu de savoir en quel lieu s'en fait la remise; mais il en est tout autrement, lorsqu'on ne voit dans la clef que ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire un instrument nécessaire pour ouvrir et fermer les portes, et qui, par cela même, nous permet d'avoir les choses à notre disposition et en notre pouvoir. Toutefois, pour que cet instrument puisse servir, il faut l'introduire dans la serrure qui a fermé le magasin : aussi la possession et la propriété des

([1]) *Gaius, fr. 9, § 6, de adq. rer. dom.* — ([2]) *Paul. fr. 1, § 21; Cels. fr. 18, § 2, de adq. vel amitt. poss.*

(*a*) La tradition symbolique n'existe que dans l'imagination des commentateurs. Nous parlerons ailleurs [1111] de la tradition dite de brève main, fiction réellement admise par les jurisconsultes romains (V. *Ulp., fr.* 43, § 1, *de jure dot.*), mais abusivement étendue par les commentateurs hors de sa véritable application, notamment pour expliquer le paragraphe précédent. Quant à la tradition de longue main, elle n'a rien de fictif : c'est une tradition très réelle dont voici un exemple. Un débiteur vient chez moi payer la somme qu'il me doit, et, par mon ordre, la dépose *in conspectu meo.* La possession, n'étant corporellement détenue par personne, m'est acquise et en quelque sorte livrée *manu longa* (*Javol. fr.* 79, *de solut.*), c'est-à-dire par les yeux. Effectivement, les anciens, rapportant tous les sens au toucher, considéraient comme une longue main l'organe de la vue qui saisit les objets plus loin que tout autre sens.

marchandises ne sont-elles transférées par la remise des clefs qu'autant que cette remise se fait sur les lieux mêmes, devant la porte que la clef doit ouvrir, *apud horrea* (1).

§ XLVI.

397. Chacun étant libre d'aliéner ou de ne point aliéner sa chose, est également libre de la transférer à telle personne plutôt qu'à telle autre, et lorsqu'on veut transférer à une personne déterminée, la tradition faite dans ce but ne profite à aucune autre personne (2); mais la volonté du propriétaire peut aussi se porter sur une personne incertaine, et alors, comme on le voit dans les distributions dont le texte donne un exemple, la propriété se trouve acquise au premier occupant, parce que telle est la volonté du distributeur (3).

§ XLVII.

398. Celui qui délaisse la possession de sa chose avec intention d'en abdiquer la propriété, cesse, en effet, d'être propriétaire. Proculus exigeait de plus que la possession eût été prise par un autre; mais cette opinion n'a point prévalu.

Ainsi, la chose abandonnée (*pro derelicto habitam*) n'appartient à personne jusqu'au moment où quelqu'un s'en saisit (4), et alors c'est par simple occupation que ce dernier me semble acquérir la propriété. Cependant, il faut en convenir, les jurisconsultes romains assimilent ce cas au précédent; l'abandon est, suivant eux, une tradition faite à une personne indéterminée, comme si le délaissant s'occupait de ce que deviendra la chose, et de l'acquisition que tout autre en pourra faire (5).

§ XLVIII.

399. Quoi qu'il en soit, l'abandon suppose toujours la volonté d'abdiquer la propriété, et cette volonté motive suffisamment l'acquisition du premier occupant. Les objets égarés ou perdus ne sont pas dans le même cas : aussi continuent-ils d'appartenir au même propriétaire. Les conséquences que Justinien déduit de ce principe n'ont besoin d'aucune explication (6).

(1) *Pap. fr. 74, de contrah. empt.* — (2) *Julian. fr. 37, § 6, de adq. rer. dom.* — (3) *Text. hic; Gaius, fr. 9, § 7, eod.* — (4) *Text. hic; Paul. fr. 2, § 1, pro derel.* — (5) *Text. hic; Pomp. fr. 5, pro derel.* V. *Gaius, fr. 5, quæ in fraud.* — (6) V. *Gaius, fr. 9, § 8, de adq. rer. dom.; Ulp. fr. 43, § 4, de furt.; Julian. fr. 7, pro derel.; Javol. fr. 21, §§ 1 et 2, de adq. vel amitt. poss.*

§ XXXIX.

400. La même règle s'applique aux objets qui se trouvent dans la terre ou dans un bâtiment ; car en quittant une maison, on y oublie souvent des choses dont on ne cesse point d'être propriétaire. Il en faut dire autant, à plus forte raison, de celles qu'on enterre pour les mieux conserver. Nul ne s'en emparerait sciemment sans commettre un vol (1).

Cependant, lorsqu'il n'existe plus aucun souvenir du fait, lorsque les traces d'une propriété tout à fait ignorée se sont effacées, alors les objets qui étaient ainsi cachés sont considérés comme un trésor qui n'a plus de propriétaire (2).

401. Le trésor n'est pas précisément *res nullius.* Il n'en est pas des objets qui sont ainsi découverts comme des animaux sauvages qu'un chasseur prend sur le fonds d'autrui [344] : le trésor découvert *in alieno solo* appartient à l'inventeur, mais pour moitié seulement. L'autre moitié est réservée au maître du terrain (*a*).

L'inventeur jouit pleinement du droit d'occupation sur les trésors qu'il trouve, soit dans son propre fonds, soit même dans un terrain sacré ou religieux (*b*), sauf toutefois cette différence qu'il agit librement sur sa propriété. Aussi les trésors trouvés par le propriétaire lui appartiennent-ils toujours en totalité, soit qu'il les ait trouvés par hasard ou en les cherchant ; mais il ne faut pas, sous prétexte de découvrir des richesses cachées, violer les tombeaux ni les temples, et, par conséquent, l'inventeur ne profite des trésors découverts dans un terrain sacré ou religieux, que lorsqu'il les a trouvés *non data ad hoc opera, sed fortuito casu* (3).

402. La même distinction s'applique aux choses que l'on découvre *in alieno solo.* L'inventeur en a la moitié lorsqu'il les trouve en s'occupant de tout autre chose que de chercher un trésor, par exemple, en cultivant la terre. Autrement, le bénéfice de la découverte appartient en totalité au propriétaire du terrain (4).

(1) *Scævol. fr. 67, de rei vind.* — (2) *Paul. fr. 31, § 1, de adq. rer. dom.* — (3) *Text. hic.* — (4) *Leo, C. 1, de thes.* V. *Tryph., fr. 63, § 3, de adq. rer. dom.*

(*a*) *Text. hic.* V. *Tryph., fr. 63, § 4, de adq. rer. dom.* Théodose et Valentinien ne lui accordaient que le quart (*C. 2, C. Th., de thes.*).

(*b*) En décidant ainsi, Justinien semble préférer la constitution d'Adrien à celle de Marc-Aurèle et Lucius Verus, qui attribue au fisc la moitié du trésor trouvé dans un terrain religieux (*Callistr., fr. , § 10, de jur. fisc.*).

TITRE II.

DES CHOSES INCORPORELLES.

On distingue encore des choses corporelles et des choses incorporelles.

1. Sont corporelles les choses qui sont de nature à être touchées, comme un fonds, un esclave, un habit, l'or, l'argent, et enfin quantité d'autres objets.

2. Sont incorporelles les choses qu'on ne peut pas toucher. Telles sont les choses qui consistent dans un droit, par exemple, une hérédité, un usufruit, un usage, les obligations, de quelque manière qu'elles soient formées. Et peu importe que l'hérédité contienne des choses corporelles; car les fruits d'un fonds sont corporels, et ce qu'on nous doit en vertu d'une obligation est ordinairement corporel, comme un terrain, un esclave, de l'argent; mais le droit d'hérédité, le droit d'usufruit, le droit d'obligation en lui-même est incorporel.

3. Sont également au nombre des choses incorporelles les droits d'héritages urbains ou ruraux, qu'on appelle encore servitudes.

TITULUS II.

DE REBUS INCORPORALIBUS.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

1. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

2. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est.

3. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

EXPLICATION.

PR. et § I.

408. Les choses susceptibles d'être touchées (*quæ tangi pos-*

sunt), c'est-à-dire d'être saisies avec la main, aperçues ou senties à l'aide des autres sens que l'on rapporte ici au sens du toucher, en un mot, les choses proprement dites ([1]), sont corporelles,

.... *Quoniam sensus impellere possunt.*

De ce nombre sont beaucoup de corps invisibles ou impalpables, car tout ce qui existe physiquement est nécessairement corporel.

§ II.

404. Les choses incorporelles, au contraire, sont de pures abstractions qui ne tombent jamais sous les sens, et ne peuvent être saisies que par l'intelligence. A proprement parler même, ce ne sont pas des choses, mais des droits que nous avons sur les choses (*in jure consistunt*), comme les droits d'hérédité, d'usufruit et d'usage, les obligations, etc.; car ces droits, considérés en eux-mêmes (*ipsum jus*), sont incorporels.

La division qui nous occupe aboutit donc à distinguer le droit de la chose sur laquelle il existe, en d'autres termes, à distinguer le droit de son objet; mais sous ce rapport même, elle paraît incomplète; car ce qu'on dit ici de l'usufruit, de l'usage, etc., est également vrai de la propriété, en ce sens que le *dominium* est un droit qui s'applique à une multitude d'objets corporels. Cependant, les jurisconsultes romains ne l'ont jamais classé parmi les choses incorporelles, parce que le *dominium*, en nous donnant sur les choses un pouvoir exclusif et pour ainsi dire illimité (*a*), semble nous les rendre tellement propres, que le droit se confond avec son objet. On dit communément, non pas qu'une personne a la propriété d'un cheval ou d'une maison, mais plutôt qu'elle a un cheval, une maison, etc.

405. Le langage judiciaire a consacré cette confusion. Ainsi, dans les contestations qui s'élèvent sur le droit de propriété, le demandeur revendique, non le *dominium*, non le droit, mais son objet, en soutenant que la chose lui appartient (*b*); et de là

([1]) *Ulp. fr. 23, de donat. inter. vir. et uxor.*

(*a*) *Plenam in re potestatem; § 4 de usufr.*

(*b*) Rem corporalem... Titius suam esse affirmet... suam esse intendat (§ 1, *de action.*). Hunc ego hominem... meum esse aio (*Gaius 4 inst.* 16).

est venue l'expression REI VINDICATIO. Cette forme a pu suffire dans la simplicité des premiers temps, lorsque l'on ne connaissait encore que la propriété ; mais bientôt on a distingué des droits d'usufruit, de servitudes, etc., qui se constituent en faveur de différentes personnes sur le même objet, droits qu'il a fallu revendiquer aussi, et que nous revendiquons effectivement, en soutenant que nous avons, non la chose, mais le droit d'en user et d'en jouir ([1]). Ainsi, dans ce cas, on revendique le droit considéré en lui-même ; on le classe parmi les choses, on en fait une chose incorporelle. Il en résulte que dans les questions de propriété, le langage judiciaire fait abstraction du droit pour ne parler que de son objet, et alors il s'agit toujours de choses corporelles (*a*) ; tandis, au contraire, que dans les questions d'usufruit, de servitudes, etc., c'est le droit même que l'on revendique, et alors il s'agit toujours de choses incorporelles [1183].

Ce que nous avons dit de l'usufruit et des servitudes s'applique également à l'usage et à l'hérédité. Quant au droit d'obligation, il n'est pas susceptible de revendication ; mais il peut être vendu et acheté, et sous ce rapport au moins, il a pu être classé parmi les choses.

§ III.

406. Malgré la pleine puissance que donne la propriété, l'homme n'y trouve qu'un petit nombre d'attributions distinctes. Sans doute chacun dispose librement de sa chose. Aussi, pourvu qu'on n'en mésuse pas [105], on peut la consommer, la dénaturer, l'aliéner ou même la détruire ; mais cet exercice complet du droit de propriété l'épuise, on ne dispose ainsi qu'une seule fois, et c'est dans le sens d'un usage définitif que les anciens ont distingué l'*abusus* de l'*usus* (*b*). Cette dernière expression s'entend d'un usage qui peut se répéter indéfiniment, parce qu'il laisse subsister et la chose et le droit du propriétaire, par

([1]) § 2, *de action.*

(*a*) *In controversiis rerum corporalium* (§ 2, *de action.*), c'est-à-dire dans les questions de propriété, par opposition aux droits d'usufruit et de servitude.

(*b*) *Utimur his, quæ nobis utentibus permanent ; his vero abutimur, quæ nobis utentibus pereunt* (Boet. *in top.*, *lib.* 2).

exemple, lorsqu'on emploie une jument ou tout autre animal à un travail quelconque. Dans ce cas et autres semblables, on use, on se sert de la chose ; mais on peut, en outre, par la perception des fruits, obtenir des avantages distincts de ceux qu'on se procure, soit en usant, soit en disposant définitivement de la chose. La perception des fruits constitue, sous le nom de jouissance, un des attributs les plus importants de la propriété ; en sorte que le *dominium*, ou la pleine puissance qui en résulte, se compose de trois attributs différents, répondant à autant de droits partiels, savoir : l'usage ou *usus*, la jouissance ou *fructus*, et la disposition ou *abusus*.

407. Ces droits partiels ne sont pas toujours réunis dans la main d'une seule personne ; car bien que la chose appartienne à un seul propriétaire, il peut arriver que le droit d'en jouir et le droit d'en user reposent ensemble ou séparément sur d'autres têtes ([1]). Dans ce cas, la chose dont l'utilité n'est pas exclusivement réservée à son maître, la chose dont un étranger a le droit de tirer un service, une utilité quelconque, est soumise à une servitude que l'on nomme personnelle, lorsqu'elle est directement attribuée à telle personne ([2]).

408. Souvent, au contraire, nous avons sur la chose d'autrui certains droits qui n'existent pas pour nous personnellement, mais qui nous profitent indirectement. Tel est, par exemple, un droit de passage qui ouvre une communication de mon héritage à la voie publique, à une fontaine, ou à d'autres héritages dont ma propriété est séparée par le fonds d'autrui. Dans ce cas, le terrain sur lequel je passe sans en être propriétaire est assujetti à une servitude qui rend mon fonds propre plus accessible, et par cela même facilite son exploitation. Ce droit, inhérent aux choses, devient inséparable de la propriété avec laquelle il se transmet activement et passivement ([3]) ; s'il profite ou nuit aux personnes, c'est uniquement parce qu'il augmente d'un côté, et diminue d'un autre côté les avantages de la propriété [416].

Ces sortes de droits constituent les servitudes proprement dites, que l'on nomme servitudes réelles, par opposition aux précédentes ([4]). Ici on les appelle *jura prædiorum*, parce

([1]) § 1, *de usufr.*; *Ulp. fr.* 11, § 3, *de us. et habit.* — ([2]) *Marcian. fr.* 1, *de servit.* — ([3]) *Paul. fr.* 12, *commun. præd.* — ([4]) *Marcian. fr.* 1, *de servit.*

qu'elles sont toujours établies entre deux héritages (a), c'est-à-dire entre deux immeubles, et l'on distingue d'une part les servitudes d'héritages urbains, et d'autre part les servitudes d'héritages ruraux.

(a) § 3, *de servit*. Il faut éviter de confondre l'héritage c'est-à-dire un fonds de terre ou une maison, chose essentiellement corporelle, avec l'hérédité, chose incorporelle dont nous parlerons plus loin (526 ; § 6, *per quas pers. nob. adq.*).

TITRE III.

DES SERVITUDES.

Les droits d'héritages ruraux sont le passage, la conduite, la voie, l'aqueduc. Le passage est le droit d'aller, de circuler pour un homme, sans conduire ni bête de somme ni voiture. La conduite est le droit de conduire une bête de somme ou une voiture : ainsi, quand on a le passage, on n'a pas la conduite; mais quand on a la conduite, on a aussi le passage, et l'on peut en user même sans bête de somme. La voie est le droit d'aller, de conduire et de circuler; car la voie comprend le passage et la conduite. L'aqueduc est le droit de faire passer l'eau à travers le fonds d'autrui.

1. Les servitudes d'héritages urbains sont celles qui tiennent aux bâtiments : on les appelle ainsi, parce que tous les bâtiments, quoique construits à la campagne, se nomment héritages urbains. Les servitudes d'héritages urbains sont, qu'un voisin soutiendra le bâtiment de l'autre; qu'on pourra faire poser sa poutre sur le mur

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS.

Rusticorum prædiorum jura, sunt hæc : iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum : itaque qui habet iter, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

1. Prædiorum urbanorum servitutes sunt, quæ ædificiis inhærent : ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ : ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus

liceat vicino tignum immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas vel in aream vel in cloacam, vel non recipiat, et ne altius tollat quis ædes suas ne luminibus vicini officiatur.

2. In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

3. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt : nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium; nec quisquam debere, nisi qui habet prædium.

4. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas ne luminibus ædium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

voisin; qu'on recevra l'eau d'un toit ou d'une gouttière sur son bâtiment, dans son égoût, dans sa cour, ou bien qu'on ne l'y recevra pas; qu'on n'exhaussera point son bâtiment, pour ne pas nuire au jour du voisin.

2. Parmi les servitudes d'héritages ruraux, quelques uns comptent avec raison le puisage, l'abreuvage des bestiaux, le droit de pacager, de cuire la chaux, d'extraire du sable.

3. Ces droits se nomment servitudes d'héritages, parce qu'on ne peut les établir que sur des héritages. En effet, nul ne peut acquérir et nul ne peut devoir une servitude d'héritage rural ou urbain, sans avoir un héritage.

4. Celui qui veut constituer un droit à son voisin doit le faire par des pactes et des stipulations : on peut aussi, par testament, condamner ses héritiers à ne point exhausser leur bâtiment pour ne pas nuire au jour du voisin; à souffrir que celui-ci place une poutre dans leur mur, ou prenne sur eux l'égout de son toit; à souffrir son passage, sa conduite ou son aqueduc.

EXPLICATION.

409. On appelle servitudes urbaines celles *quæ ædificiis*

inhærent (1), parce que tout édifice, même dans les campagnes, et quelle que soit d'ailleurs sa destination, forme un héritage urbain (2) ; tandis que le sol, considéré en lui-même, indépendamment des constructions, constitue un héritage rural (3). En effet, les servitudes sont attachées, les unes au sol, les autres à la superficie, *aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt* (4). Cette distinction concorde exactement avec celle des servitudes urbaines et rurales; car les premières se conservent et périssent avec les bâtiments dont elles dépendent (5), tandis que les secondes, au contraire, subsistent sur le sol et avec le sol, indépendamment de tout ce qui le couvre. C'est ainsi qu'une servitude rurale, constituée en faveur d'un terrain que l'on désigne par un certain genre de culture, en faveur d'un bois ou d'une vigne, par exemple, adhère au sol plutôt qu'à la superficie. Aussi subsiste-t-elle malgré la destruction des arbres ou des vignes (*a*).

Cette distinction importe pour l'établissement ou l'extinction des différentes servitudes [428, 447].

§ II.

410. Parmi les servitudes d'héritages ruraux que notre texte énumère, les principales sont : ITER, ACTUS et VIA.

ITER est relatif au passage des personnes. C'est le droit d'aller et venir (*eundi et ambulandi*), à pied, à cheval ou en litière, pourvu que l'on ne conduise ni bêtes de somme, ni voitures (6). ACTUS, qui vient de *agere*, donne le droit de conduire des troupeaux, des bêtes de somme, des voitures, et à plus forte raison le droit de passage pour les personnes, lors même

(1) § 1, *h. t.* — (2) § 1, *h. t.; Ulp. fr.* 1, *commun. præd.* — (3) *Ulp.* 19 *reg.* 1. — (4) *Paul, fr.* 3, *h. t.* — (5) *Gaius, fr.* 6 ; *Paul. fr.* 20, *pr. et* § 2, *de serv. præd. urb.* — (6) *Paul. et Modest. fr.* 7 *et* 12, *de serv. præd. rust.*

(*a*) *Javol. fr.* 13, *de serv. præd. rust.* Les anciens interprètes ont singulièrement erré sur la distinction des servitudes. Quelques uns même (V. *Heinec. elem.*, § 394) n'ont pas craint de démentir tous les principes de cette matière en distinguant les héritages urbains et ruraux d'après la destination des bâtiments (509). D'autres, confondant le sol avec la superficie, supposent qu'un fonds est urbain ou rural suivant qu'il est ou n'est pas chargé de constructions, et distinguent les servitudes urbaines ou rurales d'après le caractère que cette circonstance attribue au fonds dominant. Ainsi, suivant ce système, un propriétaire, en construisant ou en démolissant un bâtiment, transformerait les servitudes rurales en servitudes urbaines, et réciproquement.

qu'elles n'ont rien à conduire; car il suffit d'avoir ACTUS pour avoir en même temps ITER [1]. VIA est un droit complexe dans lequel se réunissent les deux autres, *nam iter et actum in se continet via ;* mais ITER est également compris dans ACTUS; il faut donc chercher, indépendamment du nom et de quelques différences relatives à la largeur du chemin [2], comment se distinguent ACTUS et VIA.

411. Si le chemin, accordé même sous le titre de VIA, suffit au passage des bestiaux, sans suffire à celui des voitures, ce n'est point VIA qu'on accorde, c'est seulement ACTUS. Ainsi, le charriage, naturellement compris dans l'un et l'autre droit, ne leur est pas également nécessaire. Pareillement, ITER se trouve ordinairement compris dans ACTUS [3], parce qu'en général, qui peut plus, peut moins [4]; cependant, on a quelquefois ACTUS SINE ITINERE [5], et alors on peut conduire des bestiaux, et conséquemment passer avec eux, mais non pas sans eux [6]. Ainsi, dans ACTUS, le seul objet essentiel, c'est la conduite des troupeaux. Le passage des personnes n'y entre pas comme partie essentielle de la servitude [7]; tandis que VIA, au contraire, n'existe jamais, ni sans ITER, ni sans ACTUS, qui s'y trouvent réunis comme deux droits distincts, dont l'un n'est jamais l'accessoire de l'autre.

La définition du droit d'aqueduc et l'énumération de plusieurs autres servitudes rurales ne paraissent susceptibles d'aucune difficulté.

§ I.

412. Entre autres servitudes urbaines que le texte énumère, et dont le nom seul fait assez connaître l'objet, il faut distinguer la servitude qui consiste, soit à recevoir les eaux du bâtiment d'autrui (*ut stillicidium recipiat quis*), soit, en sens inverse, à ne les pas recevoir (*vel non recipiat*). On conçoit facilement qu'il existe une servitude dans la nécessité où je suis de recevoir les eaux du fonds voisin; mais pour me dispenser de les recevoir, faut-il établir à mon profit une servitude contraire? En refusant de recevoir l'égout du bâtiment voisin, je reste dans les limites de ma propriété, sans rien prétendre sur

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, *eod.* — (2) *Javol., Paul. et Gaius. fr.* 13, § 1; *fr.* 7, 8 *et* 23 *eod.* — (3) *Pomp. fr.* 13, *de servit.*, V. *Ulp. fr.* 13, § 1, *de accept.* — (4) *Pr. h. t.* — (5) *Ulp. fr.* 11, *de reg. jur.* — (6) *Ulp. fr.* 4, *si servit. vind.* — (7) *Ulp. fr.* 11, § 6, *de except. rei jud.*

l'héritage d'autrui, et par conséquent sans m'attribuer aucune servitude; car la servitude déroge essentiellement au droit commun; elle autorise par exception ce que le droit de propriété ne permet pas. Pour trouver une servitude dans le droit que j'ai de ne pas recevoir chez moi l'égout du bâtiment voisin, il faudrait que ce droit, au lieu d'être naturellement compris dans ma propriété, y fût ajouté par dérogation au droit commun. Or les limites de ce droit commun ne sont pas les mêmes en tous lieux : elles sont déterminées dans chaque cité par des usages ou des statuts locaux, et c'est en dérogeant à ces règles générales que les particuliers constituent des servitudes. Dans ce sens, le droit qui force un propriétaire à recevoir l'égout du bâtiment voisin, et le droit qui l'en dispense, peuvent, l'un et l'autre, suivant les localités, constituer une véritable servitude; savoir, le premier, partout où le statut local veut que chacun prenne son égout sur son propre fonds; le second, partout où un statut contraire permet de prendre ce même égout sur le fonds voisin.

413. La même distinction expliquera comment un droit de servitude peut ou empêcher l'élévation d'un bâtiment (*ne altius quis tollat*), ou, en sens inverse, autoriser cette même élévation (1). En effet, chacun bâtit comme il lui plaît, lorsqu'il n'existe ni règlement ni servitude contraires (2). Mais si, pour empêcher les bâtiments de se nuire réciproquement en interceptant l'air et la lumière, un statut local leur assigne une hauteur commune, il y aura dérogation à la règle générale, et par conséquent servitude, lorsque l'un des voisins se trouvera dans l'impossibilité, soit d'élever son bâtiment jusqu'à la hauteur légale, soit de souffrir que le mien s'élève au-dessus. Cette impossibilité constituera, dans le premier cas, la servitude *ne altius quis tollat*, et, dans le second cas, la servitude *altius tollendi* (3).

414. Les servitudes précédemment énumérées forcent le propriétaire du fonds servant, soit à souffrir le fait d'autrui, par exemple, le passage des personnes, des bestiaux ou des voitures, la projection d'un toit voisin, etc., soit à s'abstenir lui-même de tel ou tel fait, par exemple, de certaines constructions. Du reste, le maître du fonds servant n'a rien à faire; on

(1) *Gaius, fr. 2, de servit. præd. urb.* — (2) *Diocl. et Max. C. 8 et 9, de servit.* — (3) V. *Justin. C. 14, § 1, eod.*

n'exige de lui qu'une tolérance et une abstention toute passive (1). Cette distinction tient à la nature même du droit de propriété qui permet tout, sans rien commander au propriétaire. Lorsque les différents droits dont se compose le *dominium* se trouvent divisés, chacun d'eux conserve la nature du tout : ainsi, les droits qui restent au maître du fonds servant ne contiendront jamais ce qui n'existait pas dans la pleine propriété, je veux dire la nécessité de faire et d'agir. Cette nécessité que n'imposerait pas une aliénation totale, ne peut, à plus forte raison, résulter de l'aliénation partielle qui établit une servitude : aussi le propriétaire du fonds dominant est-il seul chargé des travaux nécessaires à l'exercice de son droit (2).

415. On peut toutefois se trouver dans la nécessité légale d'exécuter tel ou tel fait; mais ce droit ne s'attache ni à l'héritage dominant ni à l'héritage servant. Ce n'est point une partie de la propriété, ce n'est point une servitude inhérente aux choses et transmissible avec elles; c'est une obligation (3), qui astreint une personne et ses héritiers, sans dépendre d'aucune propriété. Cependant il existe une servitude exceptionnelle qui met le propriétaire du fonds servant dans la nécessité d'exécuter certains travaux : c'est la servitude qui consiste à supporter sur nos propres constructions celles d'un autre propriétaire (*ut vicinus onera vicini sustineat*). Dans ce cas, le maître du fonds servant doit entretenir la colonne ou le mur qui soutient le bâtiment d'autrui ; mais ici ce n'est pas la personne qui doit les réparations, c'est l'héritage servant, et il suffirait d'abandonner ce dernier pour n'être plus assujetti à rien (4). Le droit d'exiger les réparations et la nécessité de les faire sont donc une dépendance de la servitude. En les considérant sous ce rapport, on avait soutenu qu'aucune servitude ne devait astreindre les propriétaires ou l'un d'eux à exécuter un fait; mais l'opinion contraire a prévalu *in proposita specie*, c'est-à-dire pour la servitude *oneris ferendi* (5).

§§ III et IV.

416. Les servitudes urbaines ou rurales se nomment prédiales, à cause du mot *prædium* qui désigne un héritage, c'est-à-dire un immeuble, parce qu'on ne peut les acquérir ou les de-

(1) *Pomp. fr.* 15, § 1, *de servit.* — (2) *Paul. fr.* 33, *de serv. præd. urb.*; *Ulp. fr.* 8, *pr.* et § 2, *si servit.* — (3) *Pr. de oblig.* — (4) *Ulp. fr.* 6, § 2, *de serv. præd. urb.* — (5) *Ulp. d. fr.* 6, § 2.

voir que comme propriétaire d'un *prædium*. En effet, les choses mobilières se déplacent trop facilement, pour qu'on puisse établir entre elles les rapports permanents que forment les servitudes rurales ou urbaines, et que facilite, entre deux immeubles, leur position respective. L'existence d'une servitude prédiale suppose donc celle de deux héritages ([1]), et c'est uniquement par les héritages, c'est-à-dire en augmentant pour l'un et en diminuant pour l'autre les avantages de la propriété, que la servitude profite ou nuit aux personnes. Remarquons même que si elle nuit à l'un des fonds, c'est toujours pour l'avantage et l'utilité de l'autre. C'est donc très inutilement que je voudrais imposer à ma propriété des restrictions qui ne profiteraient à personne, par exemple, en m'interdisant l'usage et la jouissance de ma chose ([2]) ; et quant aux restrictions dont un autre profite, il suffit qu'elles profitent directement à la personne pour n'avoir pas le caractère d'une servitude prédiale : par exemple, lorsque je concède à un voisin le droit de se promener dans mon jardin ou même d'y cueillir un fruit. Ces droits et autres semblables pourraient constituer une servitude personnelle, comme l'usage et l'usufruit, mais non pas une servitude prédiale ou servitude proprement dite ([3]), qui doit nécessairement profiter au fonds dominant, en ce sens qu'il en devient sinon plus fertile et plus productif, du moins plus commode, plus salubre ou plus agréable ([4]).

417. A cet égard, l'utilité qu'on peut tirer du fonds servant dépend toujours de la position respective des deux héritages : aussi leur voisinage est-il une condition essentielle de la servitude ([5]). Mais la contiguïté n'est pas toujours nécessaire ; car, suivant le but qu'on se propose, la distance des héritages peut mettre à telle ou telle servitude un obstacle qui n'existerait pas pour telle ou telle autre. Ainsi, par exemple, le *jus stillicidii*, le *jus tigni immittendi*, supposent nécessairement deux héritages contigus ; les droits de passage, au contraire, s'exercent d'un fonds à l'autre malgré l'intervalle qui les sépare, lorsqu'il n'est pas physiquement ou légalement impossible de le franchir ([6]).

L'explication du § 4 viendra dans le titre suivant [422].

([1]) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, § 1, *commun. præd.* — ([2]) *Pomp. fr.* 15, *de servit.* — ([3]) *Paul. fr.* 8, *eod.* — ([4]) *Ulp. fr.* 17, *eod.; Pomp. fr.* 3, *de aqua cottid. et æstiv.* — ([5]) *Ulp. fr.* 5, § 1, *de serv. præd. rust.* — ([6]) *Paul. fr.* 7, § 1, *eod.; fr.* 17, §§ 2-4, *de aqua et aquæ; fr.* 5, *si serv. vind.*

TITULUS IV.

DE USUFRUCTU.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia : est enim jus in corpore, quo sublato et id ipsum tolli necesse est.

1. Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit : ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum : et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius habet nudam proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

2. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur : nam hæ res neque naturali ratione

TITRE IV.

DE L'USUFRUIT.

L'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui tant que dure sa substance. En effet, ce droit porte sur un objet corporel dont la perte entraîne nécessairement celle du droit lui-même.

1. L'usufruit peut se séparer de la propriété, et cela de plusieurs manières, par exemple, lorsqu'on a légué l'usufruit à quelqu'un, car l'héritier a la nue propriété, le légataire a l'usufruit; au contraire, lorsqu'on lègue un fonds, déduction faite de l'usufruit, le légataire a la nue propriété, l'héritier a l'usufruit. On peut également léguer à l'un l'usufruit, à l'autre le fonds, moins l'usufruit. Mais lorsqu'on veut, sans testament, constituer un usufruit, on doit le faire par des pactes et des stipulations. Cependant, pour que l'usufruit, restant à jamais séparé de la propriété, ne la rendît pas absolument inutile, on a établi certaines manières de l'éteindre et de le réunir à la propriété.

2. L'usufruit se constitue non seulement sur un fonds et sur des bâtiments, mais aussi sur des esclaves, des bêtes de somme, et sur toutes autres choses, excepté celles qui se consomment par l'usage même; car ces dernières

ne sont, ni d'après le droit naturel, ni d'après le droit civil, susceptibles d'usufruit. Tels sont le vin, l'huile, le froment, les vêtements : tel est aussi, sous plusieurs rapports, l'argent monnayé; car un échange continuel fait qu'on le perd en quelque sorte, par cela même qu'on l'emploie. Cependant, par un motif d'utilité, le sénat a décidé qu'on pourrait aussi constituer l'usufruit de semblables choses, pourvu toutefois que l'héritier reçoive, à cet égard, une caution suffisante. Ainsi la somme dont on a légué l'usufruit est remise au légataire pour devenir sa propriété, et il fournit aux héritiers caution de restituer pareille somme après sa mort ou après sa *capitis deminutio*. A l'égard des autres choses, on en transfère aussi la propriété au légataire; mais on les estime, et il donne caution de restituer, après sa mort ou après sa *capitis deminutio*, le montant de l'estimation. Ainsi le sénat n'a point créé l'usufruit des choses dont nous avons parlé, cela était impossible; mais, au moyen de la caution, il a donné l'équivalent d'un usufruit.

neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta; quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur : itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant; sed æstimatis his satisdatur ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

3. L'usufruit finit par la mort de l'usufruitier, par sa grande ou sa moyenne *capitis deminutio*, et par le non-usage dans certaines circonstances et après un certain temps, le tout conformément aux règles établies par notre constitution.

3. Finitur autem ususfructus morte fructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus : quæ omnia nostra statuit constitutio.

L'usufruit finit également, soit lorsque l'usufruitier le cède au maître de la propriété, car la ces-

Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam ce-

dendo extraneo nihil agit); vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

4. Cum autem finitus fuerit (1) ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

(1) *Vulgo* : finitus fuerit totus ususfructus.

sion faite à un tiers serait sans effet; soit, au contraire, lorsque l'usufruitier acquiert la propriété, acquisition dont le résultat s'appelle consolidation. Il est constant aussi que si les bâtiments sont incendiés ou s'ils s'écroulent, soit par un tremblement de terre, soit par leurs propres vices, l'usufruit s'éteint, et cesse d'être dû même sur le sol.

4. L'usufruit, lorsqu'il est éteint (1), se réunit à la propriété; et, dès ce moment, le maître de la nue propriété a sur la chose une pleine et entière puissance.

(1) L'usufruit, lorsqu'il est totalement éteint, se réunit, etc.

PR.

418. En examinant plus haut [407] les droits partiels dont la réunion forme la pleine propriété, nous avons dit que deux des trois attributs dont elle se compose, l'usage et la jouissance, peuvent se détacher de la propriété même, appartenir ensemble ou séparément à des étrangers, devenir pour eux un droit spécial sur la chose d'autrui, et par là constituer une ou plusieurs servitudes dites personnelles, parce qu'elles sont établies directement en faveur de telle ou telle personne.

L'usage et la jouissance, réunis en une seule et même servitude, constituent l'usufruit, droit complexe dont on ne fait réellement que décomposer le nom, lorsqu'on le définit, le droit d'user (*utendi*) et le droit de jouir (*fruendi*) de la chose d'autrui (*rebus alienis*).

419. L'usage des choses consiste à s'en servir, la jouissance à en percevoir les fruits [406]. Or, comme nous l'avons déjà vu [387], c'est la destination des choses qui en détermine l'usage, et qui donne à certains produits le caractère de fruits;

c'est par suite de ce principe que le lait, la laine, le poil des animaux sont considérés comme des fruits (1).

Le croît des bestiaux est toujours un fruit, parce qu'on les a précisément pour multiplier [386]; mais, dans ce but même, on les utilise de différentes manières, et chacune d'elles exerce sur la jouissance, et, par conséquent, sur le droit de l'usufruitier, son influence particulière. On ne jouit pas des animaux, considérés individuellement, comme on jouit d'un troupeau. Sous le premier rapport, chaque bœuf, chaque mouton est périssable, et, en cas de perte, l'usufruitier n'est pas obligé de remplacer la chose d'autrui par une chose semblable (2); mais, au contraire, lorsqu'il s'agit d'un troupeau, on ne considère pas les individus, mais l'ensemble; et cet ensemble reste le même, quoique les individus changent. Les animaux qui font partie d'un troupeau sont destinés à l'entretenir, à le perpétuer par une série de générations. Autrement, si l'on retirait tous les agneaux, les vieilles bêtes cesseraient bientôt de produire, et le troupeau d'exister; ce ne serait pas jouir du troupeau, ce serait en disposer. Aussi l'usufruitier, qui n'a que le droit de jouir, doit-il, à mesure que les bêtes meurent ou deviennent inutiles, les remplacer sur le croît (3), jusqu'à concurrence du nombre de bêtes qui, en naissant, sont devenues siennes. Alors le fait du remplacement opère un échange de propriété entre la bête remplacée et celle qu'on lui substitue (4).

420. En continuant à observer la destination des choses, on verra que, pour jouir d'un fonds en recueillant le produit des arbres, celui des vignes, par exemple, il faut remplacer les arbres à mesure qu'ils vieillissent (5). On reconnaîtra aussi que les biens, quels qu'ils soient, ont une destination commune et primitive, celle de leur conservation. Ainsi, pour quiconque veut ou doit conserver, la perception des fruits donne rarement un bénéfice net; il faut presque toujours prélever certains frais sans lesquels tout dépérirait. L'usufruitier qui perçoit tous les fruits ne doit donc les acquérir qu'à la charge de différentes obligations, qui l'astreignent, en général, à faire tout ce que fait un propriétaire qui veut conserver sa chose; c'est en ce sens que l'usufruitier est tenu de jouir QUASI BONUS PATERFAMILIAS (6).

(1) § 37, *de div. rer.* — (2) *Ulp. fr.* 70, § 3, *h. t.* — (3) *Ex fœtu*, § 38, *de div. rer.* — (4) *Pomp. et Ulp. fr.* 68, § 2; *fr.* 69; *fr.* 70, *h. t.* — (5) § 38, *de div. rer.*; *Paul. fr.* 18, *h. t.* — (6) § 38, *de div. rer.* V. *Ulp. fr.* 7, §§ 2 et 3; *fr.* 9, *h. t.*

421. L'usufruit donne le droit d'user et de jouir *salva rerum substantia*. En prenant cette expression dans le sens général que présente l'ensemble du titre, on voit qu'il s'agit ici de la durée de l'usufruit, comme le prouve, d'une part, la suite de la définition (*est enim jus in corpore, quo sublato et id ipsum tolli necesse est*), et, d'autre part, l'objection qui se trouve prévue et résolue un peu plus loin. En effet, si l'usufruit dure autant que son objet, la nue propriété s'en trouvera séparée à perpétuité, et, par conséquent, deviendra complétement inutile : aussi, afin d'éviter cette conséquence, a-t-on voulu qu'il existât pour l'usufruit certains cas d'extinction, dans lesquels il viendrait se réunir à la propriété, pourvu que l'objet fût encore existant (1).

De là il semble résulter que, d'après sa nature, l'usufruit devrait avoir, comme les servitudes prédiales et comme la propriété d'où il émane, une durée illimitée, et il l'aurait effectivement si des considérations puissantes n'avaient fait admettre ici plusieurs limites, et notamment celle qui résulte de la nature spéciale du droit de jouir. En effet, jouir, c'est recueillir les fruits, c'est-à-dire les produits appropriés à la destination particulière de l'objet [387], en sorte que l'usufruit disparaît dès que la chose change de destination ou de substance, comme on le verra bientôt [432]. C'est ainsi que s'explique pour moi le droit de jouir, *salva substantia* (*a*).

§ I.

422. C'est par les dispositions de dernière volonté que se

(1) *Ne tamen in universum, etc.*, § 1, *h. t.*; *Gaius*, *fr.* 3, *pr. et* § 2, *de usufr.*

(*a*) Voyez Théophile (*hic*). On oppose un texte d'Ulpien (24 *reg.* 26) qui emploie les expressions *salva substantia* dans une autre acception. Cette acception, je l'admets dans Ulpien, où elle résulte clairement du sens de la phase [435]; mais je la repousse dans le texte de Justinien qui offre dans son ensemble un sens différent. On objecte en outre que le texte de Justinien (*pr. h. t.*) est composé de deux fragments empruntés à des jurisconsultes différents; on ne veut pas admettre pour le texte de Paul (*fr.* 1, *h. t.*) l'interprétation de Celsus (*fr.* 2, *eod.*); mais on admettrait volontiers celle d'Ulpien. Cela est-il conséquent? Il est certain d'ailleurs que plusieurs jurisconsultes ont souvent annoté leurs devanciers ou même leurs contemporains [38]; et il n'est pas rare, au Digeste, qu'une seule phrase se compose de plusieurs lambeaux empruntés à différents jurisconsultes (V. *Gaius et Ulp. fr.* 1, 2 *et* 3, *de reb. auct. jud.*; *Ulp. et Gaius*, *fr.* 19, 20, 21 *et* 22, *eod.*). Sans accorder aux particules conjonctives qui se trouvent dans les Institutes une trop grande importance, je rappellerai cependant que la division des titres en *principium* et paragraphes est tout à fait arbitraire [48]. Il ne faut donc pas s'imaginer qu'elle a rendu les différents paragraphes absolument indépendants les uns des autres.

constituent ordinairement les servitudes prédiales et les servitudes personnelles, soit que le testateur ordonne à ses héritiers de les établir ([1]), soit qu'il les établisse lui-même en léguant directement telle servitude ou l'usufruit de tel fonds (*a*). Dans ce dernier cas, la nue propriété reste à l'héritier.

Cependant l'usufruit et la propriété ne se lèguent pas de la même manière. Pour léguer un usufruit ou une servitude quelconque, il faut désigner nommément (*usumfructum legaverit*) la chose incorporelle, c'est-à-dire le droit dont on dispose; et au contraire, pour léguer la propriété d'une chose, on doit léguer la chose même, par exemple, un fonds (*fundum legaverit*), sauf à réserver l'usufruit (*deducto usufructu*) lorsqu'on veut que le don de la chose n'emporte pas la pleine et entière propriété. Cette réserve est nécessaire, non seulement lorsque le testateur veut laisser l'usufruit à ses héritiers (*b*), mais aussi lorsqu'il donne à un légataire l'usufruit (*alii usumfructum*), et à un autre le fonds (*alii deducto eo fundum*). Autrement, en effet, l'usufruit, qui se trouve naturellement compris dans la propriété, et, par conséquent, dans le legs du fonds ([2]), serait considéré comme donné expressément à l'un des légataires, et implicitement à l'autre. Ils jouiraient donc concurremment, le premier comme usufruitier d'une moitié, le second comme ayant la pleine propriété de l'autre moitié ([3]).

423. L'usufruit et les servitudes s'établissent indépendamment de toutes dispositions testamentaires, par une adjudication que le juge a le droit de prononcer dans certaines actions [1382]. Le propriétaire peut aussi constituer lui-même, au moyen de la *cessio in jure* [450], un droit d'usufruit ou de servitude sur une chose dont il conserve la propriété; il peut également se réserver ces mêmes droits sur une chose qu'il aliène; en effet, il est libre de ne transférer qu'une propriété

([1]) § 1, *de servit.* — ([2]) *Julian. fr.* 10, *de us. et usufr. legat.* — ([3]) *Modest. fr.* 19, *eod.*

(*a*) Sous Justinien, il importe peu que le testateur établisse lui-même la servitude, ou charge son héritier de l'établir, parce que l'empereur a supprimé la distinction des legs *per vindicationem et per damnationem* [695].

(*b*) C'est-à-dire à ses successeurs immédiats; car la dénomination d'héritier, qui, dans son acception générale, s'étend indéfiniment aux héritiers de l'héritier, se prend ici dans un sens plus restreint. Quelques jurisconsultes, s'attachant au sens général, considéraient l'usufruit réservé aux héritiers comme perpétuel. Justinien (*C*. 14, *h. t.*) a fait cesser tous les doutes.

incomplète, pourvu toutefois que l'aliénation s'opère par un moyen du droit civil [455]; car le droit des gens ne fournit par lui-même aucun moyen pour établir, soit un usufruit, soit une servitude quelconque.

424. Les choses incorporelles ne sont point susceptibles de possession proprement dite (1). On ne les acquiert donc point par la tradition : on ne les acquiert pas non plus par une vente ou par tout autre contrat; car les obligations ne donnent au créancier ni la propriété ni les servitudes (2). Il est vrai que, d'après Justinien, et d'après Gaïus lui-même (3), l'usufruit et les servitudes se constituent PACTIS ET STIPULATIONIBUS; mais d'abord Gaïus ne parle ainsi qu'à l'égard des fonds provinciaux auxquels ne s'appliquaient pas les manières d'acquérir établies par le droit civil [454]: il était donc impossible de constituer sur ces fonds aucun droit qui s'attachât directement à la chose; et à raison même de cette impossibilité, on se contentait de lier les personnes par des obligations. C'est en ce sens que Gaïus admettait, relativement aux fonds provinciaux, l'usage des pactes et des stipulations (*a*); et c'est mal à propos que Justinien (4) reproduit ou plutôt généralise les expressions de Gaïus sans y rien ajouter, quoique le droit honoraire ait donné un autre moyen pour constituer l'usufruit et les servitudes.

425. En effet, les préteurs ont pensé que l'exercice du droit par ceux qui veulent acquérir une servitude, et la tolérance de ceux qui veulent la constituer, équivalent à la possession, et, par conséquent, à la tradition; et, pour entourer cette possession d'une garantie que ne donnent ni les obligations dont nous avons parlé, ni les actions personnelles qui en résultent, ils ont introduit d'abord les interdits quasi possessoires, et ensuite une revendication fictive connue sous le nom d'action publicienne (5).

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 28. — (2) *Paul. fr.* 3, *de obl. et act.* — (3) 2 *inst.* 31; *fr.* 3, *h. t.* — (4) *Text. hic*; § 4, *de servit.* — (5) *Javol. fr.* 20, *de servit.*; *Ulp. fr.* 1, § 2, *de servit. præd. urb.*; *fr.* 11, § 1, *de publ. in rem. act.* V. § 4, *de act.*

(*a*) Il ne s'agit pas de faire un pacte ou une stipulation. En effet, après que les parties se sont accordées par un pacte, c'est-à-dire par une simple convention, où sont exprimées leurs intentions respectives, l'une d'elles s'engage par stipulation, c'est-à-dire par une promesse faite en termes solennels [956], à exécuter cette convention et, en cas d'inexécution, à payer une somme déterminée (V. *Theoph.* § 4, *de servit.*). On trouve plusieurs exemples d'engagements ainsi expliqués avec détail dans un pacte, et sanctionnés, en peu de mots, par une stipulation avec clause pénale (V. *Gaius. fr.* 71, *pro soc.*).

C'est en ce sens que les servitudes se constituent *jure prætorio* (*a*), et se maintiennent *tuitione prætoris* (1).

§ III.

426. L'usufruit finit: 1° par la mort de l'usufruitier; 2° par la *capitis deminutio;* 3° par le non-usage; 4° par la cession faite au propriétaire; 5° par la consolidation; 6° enfin par les changements survenus dans la substance de la chose. Justinien apporte aux trois premiers modes d'extinction des innovations remarquables.

Ainsi l'usufruit, étant une servitude personnelle, semble devoir finir toujours au décès de l'usufruitier (2); mais ce principe a souffert des doutes pour l'usufruit constitué sur la tête d'un fils de famille ou d'un esclave (3). Justinien (4) les fait cesser en décidant qu'après la mort du fils de famille ou de l'esclave, l'usufruit continue pour le père ou le maître jusqu'à son décès.

427. Un citoyen *capite minutus* commence une existence nouvelle, entièrement distincte de l'existence qu'il avait auparavant, et avec laquelle se sont éteints tous les droits qui ne sont pas susceptibles de se transmettre héréditairement. L'usufruit s'éteignait donc dans tous les cas où l'usufruitier subissait *capitis deminutionem* (5); mais Justinien (6) qui tend, comme le droit honoraire [572], à supprimer tous les effets de la petite *capitis deminutio*, veut qu'elle ne suffise plus pour éteindre l'usufruit (7).

428. L'usufruitier perdait son droit *non utendo*, par cela seul qu'il avait cessé de l'exercer pendant le temps fixé pour l'usucapion, c'est-à-dire pendant un an à l'égard des meubles, et pendant deux ans à l'égard des immeubles (8).

Les servitudes prédiales, ne s'appliquant jamais qu'à des immeubles [416], ne s'éteignaient que par deux ans de non-usage (9).

(1) *Ulp. fr.* 1, *quib. mod. usus. fr. amitt.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 3, *quib. mod. ususfr.*; *Anton. C.* 3, *de usufr. et hab.* — (3) V. *fragm. vat.* § 57. — (4) *C.* 17, *de usufr. et hab.* — (5) § 1, *de adq. per adrog.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 29. — (6) *C.* 16, § 1, *de usufr. et hab.* — (7) *Text. hic*; § 1, *de adq. per adrog.*; *C.* 16, § 2, *de usufr.* — (8) *Paul.* 3 *sent.* 6, § 30. — (9) *Justin. C.* 13, *de servit.*

(*a*) *Ulp. fr.* 1, § 9, *de superf.* La marche et les progrès du droit honoraire sont clairement indiqués dans ce texte. On voit comment le droit de superficie, qui est une servitude (*Julian. fr.* 86, § 4, *de leg.* 1°), se trouve acquis à ceux qui l'ont acheté ou loué à long terme; l'acheteur ou le locataire à qui le droit civil n'accorde en vertu du contrat qu'une action personnelle contre le vendeur ou contre le bailleur, sont protégés dans leur jouissance par le droit prétorien qui donne contre les tiers des interdits possessoires et une action réelle utile : *sed longe utile visum est..., hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri* (*Ulp. d. fr.* 1, § 1, *de superf.*).

On admettait même à cet égard une distinction importante entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines. Les premières s'éteignaient *non utendo*, par cela seul que le propriétaire du fonds dominant n'avait pas exercé son droit, soit qu'il l'eût totalement négligé, soit qu'il eût fait ce que la servitude n'autorisait pas, en omettant de faire ce qu'elle autorisait (1). Quant aux servitudes urbaines, comme elles consistent dans la position ou dans l'élévation des bâtiments, elles ont par cela même un exercice continu. Il n'y a donc pas non-usage tant que les choses restent dans le même état ; mais si le propriétaire du fonds servant opère un changement qui empêche l'exercice de la servitude, par exemple, en construisant au-dessus de la hauteur fixée ou en fermant l'ouverture destinée à recevoir la poutre du voisin, le droit de servitude cesse d'être exercé à partir de ce changement, et le maintien du nouvel état de choses, pendant deux ans, produit à l'égard du fonds dominant un non-usage, et à l'égard du fonds servant une sorte d'usucapion qui éteignent le droit du premier, et rendent au second sa liberté primitive (2).

429. Ces distinctions, soit entre l'usufruit des meubles et celui des immeubles, soit entre les servitudes rurales et urbaines, sont conservées par Justinien, qui a seulement prolongé les délais. En effet, dans sa législation, l'usucapion des meubles ne s'accomplit que par trois ans, et celle des immeubles se confond avec la prescription ou exception *longi temporis*, qui est de dix ans entre présents et vingt ans entre absents [459]. L'usufruit des meubles ne s'éteint donc qu'après trois ans, et l'usufruit des immeubles, ainsi que les servitudes prédiales, qu'après dix ou vingt ans de non-usage.

Cette décision s'appuie sur deux constitutions de Justinien dont la première établit à l'égard de l'usufruit une règle assez difficile à comprendre. Elle décide que l'usufruitier perdra son droit *non utendo*, lorsqu'on lui opposera une exception qu'on opposerait avec succès au propriétaire lui-même s'il revendiquait la chose (3). Il s'agit, selon moi, de l'usucapion triennale et de la prescription *longi temporis* qui s'accomplissent, l'une à l'égard des meubles, l'autre à l'égard des immeubles, par un certain laps de temps, et par plusieurs autres conditions dont

(1) *Pomp. fr.* 17 ; *Paul. fr.* 10, § 1 ; *r.* 18, *quemadm. servit.* — (2) *Gaius, fr.* 6, *de serv. præd. urb.*; *Paul. fr.* 4, § 20, *de usurp.* — (3) *C.* 16, § 1, *de usufr.*

il semble que Justinien a voulu exiger la réunion. Toutefois, comme le droit antérieur s'attachait simplement aux délais de l'usucapion, abstraction faite de ses autres conditions, on doit penser que Justinien s'est attaché de la même manière aux nouveaux délais, sans rien exiger de plus ; et en effet, dans la seconde constitution qui étend aux servitudes la règle précédemment établie pour l'usufruit (1), l'empereur ne s'occupe absolument que du laps de temps.

Les Institutes décident que l'usufruit s'éteindra, en cas de non-usage, de la manière et après le laps de temps déterminés par Justinien, *per modum et tempus quæ omnia nostra statuit constitutio.* Ce texte n'éclaircit pas la difficulté ; mais puisqu'il se réfère aux constitutions dont nous venons de parler, il signifie sans doute que l'usufruit s'éteint *per modum*, en ce sens que ce n'est plus l'ancienne usucapion, mais la nouvelle usucapion triennale ou la prescription *longi temporis* qu'il faut considérer, en sorte qu'il s'éteint *per tempus* à l'expiration des nouveaux délais fixés par Justinien (2).

430. On ne peut avoir aucune servitude sur sa propre chose. Conséquemment, les servitudes prédiales s'éteignent par confusion, lorsque les héritages servant et dominant appartiennent au même propriétaire ; et, en cas de séparation ultérieure, la servitude ne peut renaître qu'autant qu'elle est constituée de nouveau (3). L'usufruit s'éteint également par consolidation, lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété.

431. Il s'éteint aussi en sens inverse, par la *cessio in jure* qui transporte au propriétaire le droit d'usufruit (4) ; mais la cession faite à un étranger reste sans effet (*nihil agit*), et conséquemment l'usufruitier *nihilominus jus suum retinet* (*a*).

L'impossibilité de faire cession à tout autre que le proprié-

(1) *C.* 13, *de servit.* — (2) *C.* 13, *de servit.* — (3) *Gaius, fr.* 1, *quemadm. servit* ; *Paul. fr.* 30, *de servit. præd. urb.* — (4) *Text. hic* ; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 30.

(*a*) *Gaius*, 2 *inst.* 30. Pomponius, au contraire, attribue à la cession un effet partiel qui dépouille le cédant sans investir le cessionnaire, et profite au propriétaire en réunissant à la nue propriété le droit cédé à un étranger (*fr.* 66, *de jur. dot.*). Relativement à l'hérédité, Gaïus (2 *inst.* 35 *et* 36) et Ulpien (19 *reg.* 14), admettent dans plusieurs cas le système qui scinde ainsi les effets de la cession [496] ; mais pour l'usufruit, Gaïus est, ainsi que Paul (3 *sent.* 6, § 25), entièrement contraire à Pomponius. Il ne faut donc pas chercher une conciliation qu'ont vainement poursuivie Pereze (*ad codicem, liv.* 3, *tit.* 33, n° 28), Voët (*ad Pandectas, liv.* 8, *tit.* 4, n° 2), et Dumoulin, qui traite la même question dans une dissertation spéciale.

taire résulte de la nature même de l'usufruit ; car, en le transportant sur une tête étrangère, on changerait à volonté les chances d'extinction. L'usufruit ne finirait plus par la mort du cédant, mais par celle du cessionnaire, et de nouvelles cessions reculeraient indéfiniment peut-être le retour de l'usufruit à la propriété. Du reste, il importe peu que l'usufruitier jouisse par lui-même ou par d'autres ; aussi peut-il louer, vendre ou concéder gratuitement son droit [1], en ce sens qu'il transfère par là tous les avantages de l'usufruit, tandis que le droit même, le titre et la qualité d'usufruitier restent toujours sur sa tête. Loin d'aliéner ainsi le droit que d'autres exercent de son chef, l'usufruitier le conserve par eux ; c'est un moyen pour lui d'empêcher qu'il ne s'éteigne NON UTENDO [2]. Le louage, la vente ou la donation de l'usufruit, ou pour mieux dire des fruits dont ce droit procure la perception, ne doivent donc pas être confondus avec la *cessio in jure* qui tendrait à transporter le droit même [450].

432. L'usufruit, ainsi que nous l'avons déjà vu [421], périt nécessairement avec la chose sur laquelle il est établi. Sous ce rapport, il n'existe aucune différence entre l'usufruit et la propriété même ; mais en restreignant l'usufruit au droit de jouir *salva substantia*, on établit entre l'usufruit et la propriété une différence qu'il importe de saisir. La mort d'un animal, l'écroulement ou l'incendie d'une maison n'éteignent pas absolument le droit du propriétaire : sans doute il n'a plus ni cheval ni maison, mais son droit continue d'exister sur tout ce qui reste de sa chose, par exemple, sur le cuir et sur la chair des bestiaux, ou sur le sol et sur les matériaux de la maison ; car *meum est quod ex re mea superest* [3]. Ce principe nous montre dans la propriété un droit susceptible de survivre à la forme des choses. L'usufruitier, au contraire, n'a plus aucun droit sur ce qui reste de la chose [4] : il doit jouir d'un cheval, il doit jouir d'une maison, tant que le cheval ou la maison subsisteront ; mais lorsque la chose ne peut plus avoir la même destination, l'usufruit, borné au droit de jouir *salva rerum substantia*, s'éteint REI MUTATIONE [5] : par le changement qui s'opère dans la forme caractéristique des choses [6], parce qu'alors elles ne

[1] § 1, *de us. et hab.* — [2] *Ulp. fr.* 12, § 2 ; *Marcian. et Gaius, fr.* 38, 39, *et* 40, *de usufr.* — [3] *Cels. fr.* 49, § 1, *de rei vind.* — [4] *Text. hic ; Ulp. fr.* 5, §§ 2 *et* 3, *quib. mod. ususfr.*; *Gaius, fr.* 30. *eod.* — [5] *Paul.* 3 *sent.* 6, §§ 28 *et* 31 ; *Ulp. fr.* 5, § 2, *quib. mod.* [6] *Ulp. fr.* 4, § 3 ; *fr.* 10, §§ 2-6 ; *fr.* 12, *pr. et* § 1 ; *Pomp. fr.* 31, *eod.*

servent plus au même usage, ne produisent plus les mêmes fruits, et par suite ne sont plus les mêmes en ce qui concerne la jouissance.

433. Les servitudes prédiales dont l'existence suppose deux héritages ([1]) s'éteignent dès que l'un d'eux n'existe plus. Il est difficile qu'un terrain périsse entièrement ; aussi les servitudes rurales attachées au sol subsistent-elles avec lui, malgré tous les changements qui surviennent à la superficie ([2]). Les servitudes urbaines, au contraire, disparaissent avec les constructions dont leur existence dépend ([3]). Toutefois, lorsque les constructions se trouvent rétablies dans le même état qu'auparavant ([4]), l'ancien et le nouveau bâtiment sont considérés comme un seul et même édifice sur lequel la servitude continue d'exister. On est plus rigoureux pour l'usufruit ; ce droit reste définitivement éteint, malgré la reconstruction des bâtiments ([5]).

§ IV.

434. L'usufruit ne se réunit à la nue propriété que lorsqu'il est totalement éteint : en effet, lorsque le même droit a été constitué sur plusieurs têtes, la part du prédécédé ne se réunit pas à la nue propriété, mais à la part du survivant, par suite du droit d'accroissement que nous expliquerons plus loin [749].

§ II.

435. L'usufruit ne dépend pas, comme les servitudes prédiales, de la position respective des choses. Aussi, tandis que les servitudes sont exclusivement attachées aux héritages, l'usufruit, l'usage et autres servitudes personnelles, s'établissent indistinctement sur tous les objets (*ceteris rebus*) dont il est possible d'user et de jouir sans altérer leur substance, *quarum salva substantia utendi et fruendi potest esse facultas* ([6]).

La possibilité de jouir ainsi n'existe pas relativement à certaines choses dont on ne se sert qu'en les consommant (*quæ ipso usu consumuntur*) : à leur égard, l'usage serait la propriété même, puisqu'il équivaudrait au droit de disposer. Tels sont les aliments, les boissons, etc. (*a*). L'argent monnayé rentre

([1]) § 3, *de serv.* — ([2]) *Javol. fr.* 13, *de serv. præd. rust.* — ([3]) § 1, *de servit.* — ([4]) *Paul. fr.* 20, § 2, *de serv. præd. urb.* — ([5]) *Paul. de fr.* 20, § 2, *eod.*; *Ulp. fr.* 10, § 7, *quid. mod. ususfr.* — ([6]) *Ulp. fr.* 24 *reg.* 6.

(*a*) Ces sortes de choses qui, suivant les textes, IPSO USU CONSUMUNTUR (*text. hic*),

dans la même classe, du moins sous certains rapports (*quodam modo*) : car si les pièces de métal subsistent, leur valeur se perd, et l'argent dépensé n'existe plus pour quiconque en a fait emploi. Aussi dans le droit primitif, ne pouvait-on léguer l'usufruit d'une somme d'argent, ou de toute autre chose semblable, parce que ce legs avait pour objet un droit impossible à établir ; mais un sénatus-consulte fort ancien, quoique la date précise n'en soit pas connue (*a*), a permis de léguer l'usufruit de toute espèce de choses, et par conséquent des objets *quæ in abusu consistunt* (¹).

436. Malgré le sénatus-consulte qui valide un semblable legs, l'usufruit des choses qui se consomment par le premier usage n'en est pas moins impossible (²) : aussi, est-ce la propriété même que l'héritier confère au légataire en lui remettant la chose, *ut ejus fiat* (³). Le légataire obtient donc beaucoup plus que l'usufruit, et d'un autre côté, l'héritier n'a pas la nue propriété qui devrait lui rester ; aussi le légataire remplace-t-il cette nue propriété par l'engagement qu'il prend envers l'héritier de restituer une somme égale à celle qu'il reçoit (*de tanta pecunia restituenda*). Les aliments, les boissons et autres objets semblables sont pareillement acquis au légataire, qui s'oblige à en rendre pareilles quantité et qualité, ou bien, ce qui est préférable, on fait une estimation dont le légataire s'oblige à rendre le montant (⁴).

Sans constituer un usufruit impossible, on arrive donc ainsi à établir l'équivalent d'un usufruit (*b*) PER CAUTIONEM, en ce sens que l'engagement pris par le légataire compense, à son

(¹) *Ulp.* 24 *reg.* 27 ; *fr.* 1 *et* 3 ; *fr.* 5, §§ 1 *et* 2, *de us. ear. rer.* — (²) *Text. hic.* V. *Gaius, fr.* 2, § 1, *de usufr. ear. rer.* — (³) *Text. hic ; Julian. fr.* 6 ; *Gaius, fr.* 7 ; *Marcian. fr.* 12, *eod.* — (⁴) *Text. hic, Gaius, d. fr.* 7, *eod.*

IN ABUSU CONSISTUNT, IN ABSUMPTIONE SUNT, SUNT IN ABUSU (*Ulp.* 24, *reg.* 27 ; *fr.* 5, § 1 *et* 2, *de us. ear. rer.*), ne doivent pas être confondues avec les choses fongibles [948 et 949].

(*a*) Haubold le place à l'an de Rome 762, neuf ans après la naissance de J.-C.

(*b*) QUASI USUMFRUCTUM *constituit* (*text. hic ; Gaius fr.* 2, § 1, *de usufr. ear. rer.*). Cette locution, prise à la lettre, a fourni le mot quasi-usufruit, sorte de diminutif vague et indéfini dont on se sert mal à propos pour désigner le droit du légataire. En effet, celui-ci n'obtient ni l'usufruit ni un diminutif d'usufruit, mais la propriété même, c'est-à-dire un droit bien connu, et qu'on n'a pas besoin de déterminer par approximation. S'il existe un *quasi ususfructus*, c'est plutôt pour l'héritier qui devrait avoir une propriété, et qui, *per cautionem*, obtient comme équivalent une créance.

égard, la propriété qu'on ne lui a point léguée, et que la créance remplace, pour l'héritier, la nue propriété qui devait lui rester (1). Aussi la restitution se fera-t-elle à l'époque où finirait un véritable usufruit, c'est-à-dire lorsque le légataire sera mort ou *capite minutus* (2).

437. Cette restitution doit être garantie par un fidéjusseur, qui s'oblige avec le légataire, et alors il y a satisdation (*ut satisdet... satisdatur*) [289]. D'après le droit prétorien, le véritable usufruitier garantit de la même manière : 1° qu'il jouira en bon père de famille; 2° qu'il remettra, à la cessation de l'usufruit, tout ce qui restera de la chose même (3).

438. Il existe des choses *quæ ipso usu minuuntur*, qui ne se consomment point par le premier usage, mais dont un usage répété amène le prompt dépérissement: tels sont la laine et les vêtements que notre texte énumère mal à propos parmi les objets de pure consommation (4). Il n'est certainement pas impossible d'établir un usufruit proprement dit sur ces sortes de choses, et l'on suppose que le testateur a voulu l'établir, lorsqu'il a considéré les vêtements comme corps certains, plutôt que comme représentant une valeur abstraite, *non sicut quantitas* (5), et alors le légataire n'est tenu de rendre que les mêmes habits usés, râpés, comme ils le sont toujours après un long service (6); mais ordinairement on ne considère dans ces sortes de choses que leur valeur, et l'on procède à leur égard comme pour les choses QUÆ IPSO USU CONSUMUNTUR (7).

(1) *Julian. fr. 6, pr. et § 1, de usufr. ear. rer.* — (2) *Paul. fr. 9; Ulp. fr. 10, eod.; fr. 7, § 1, usufr. quemadm. cav.* — (3) *Ulp. fr. 1, pr., §§ 6 et 7; fr. 3, eod.* — (4) *Text. hic. V. Gaius, fr. 1; fr. 11, de usufr. ear. rer.* — (5) *Ulp. fr. 15, § 4, de usufr.* — (6) *Ulp. fr. 9, § 1, usufr. quemadm. cav.* — (7) *Gaius, d. fr. 11, de usufr. ear. rer.*

TITRE V.

DE L'USAGE DE L'HABITATION.

L'usage nu se constitue et finit aussi par les mêmes moyens que l'usufruit.

TITULUS V.

DE USU ET HABITATIONE.

Iisdem istis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

1. Minus autem scilicet juris est in usu quam in usufructu : namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento : nec ulli alii jus quod habet, aut locare aut vendere aut gratis concedere potest, cum is qui usumfructum habet, potest hæc omnia facere.

1. L'usage est un droit moins étendu que l'usufruit. En effet, tout ce que permet le simple usage d'un fonds, c'est de prendre des légumes, des fruits, des fleurs, du foin, du fourrage et du bois pour l'usage quotidien, et rien de plus. L'usager peut rester sur le fonds, mais sans gêner le propriétaire et sans empêcher les travaux d'exploitation. Il ne peut louer, vendre ni céder gratuitement son droit à personne, quoique tout cela soit permis à l'usufruitier.

2. Item is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet; nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat : sed cum uxore sua liberisque suis, item libertis, necnon aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habet. Et convenienter si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare licet.

2. L'usager d'une maison n'a d'autre droit que celui d'habiter lui-même, sans pouvoir transmettre ce droit à un tiers : on a tout au plus admis que l'usager pourrait recevoir un hôte, habiter avec son épouse, ses enfants, ses affranchis et autres personnes libres qui font chez lui le service des esclaves. Et conséquemment, la femme à qui appartient l'usage d'une maison, peut l'habiter avec son mari.

3. Item is ad quem servi usus pertinet, ipse tantummodo operis atque ministerio ejus uti potest : ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumentis.

3. L'usager d'un esclave peut seul profiter de son travail et de ses services; mais on ne lui permet en aucune manière de transférer son droit à un tiers. Il en est de même pour une bête de somme.

4. Sed si pecorum, veluti ovium, usus legatus sit, ne-

4. Lorsque l'usage a été légué sur des bestiaux, sur des mou-

tons, par exemple, l'usager ne profite ni du lait, ni des agneaux, ni de la laine, parce que ce sont là des fruits; mais il peut employer les bestiaux à fumer son champ.

que lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

5. Lorsqu'on lègue l'habitation, ou lorsqu'on la constitue de toute autre manière, il n'existe ni usage, ni usufruit, mais un droit particulier.

5. Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus.

Toutefois, notre décision, promulguée dans un but d'utilité d'après l'avis de Marcellus, permet à ceux qui ont le droit d'habitation, non seulement d'habiter eux-mêmes, mais encore de prendre des locataires.

Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

6. C'est assez parler des servitudes, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation; quant à l'hérédité et quant aux obligations, nous en traiterons en leur place. Nous avons sommairement exposé comment les choses s'acquièrent d'après le droit des gens. Voyons maintenant quelles sont les manières d'acquérir admises par les lois et par le droit civil.

6. Hæc de servitutibus et usufructu et usu et habitatione dixisse sufficiat; de hereditate autem et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res nobis adquiruntur : modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure adquiruntur.

EXPLICATION.

PR.

439. L'usage et l'usufruit s'établissaient sur les mêmes objets (¹). Ils se constituaient et s'éteignaient en droit romain par les mêmes moyens (²); mais dans le Bas-Empire les nouveaux principes sur l'usufruit légal [514] ne s'appliquent point à l'usage.

(¹) *Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.* — (²) *Text. hic; Gaius, fr.* 3, § 3, *de usufr.*

En comparant l'usufruit et l'usage, on appelle ce dernier usage nu, pour indiquer l'usage séparé de la jouissance, l'usage sans fruits, *nudus usus, id est, sine fructu* [1], de même qu'on appelle *nuda proprietas* la propriété dont on sépare la jouissance [2]. Effectivement, l'usager *uti potest, frui non potest* [3], tandis que l'usufruitier a le double droit d'user et de jouir [418]. L'usager a donc moins de droit que l'usufruitier [4], c'est-à-dire un droit de moins, le droit de jouir ou de percevoir les fruits.

§ IV.

440. Si l'usager n'a d'autre droit que celui d'user, ce droit lui appartient sans réserve. Il a *plenum usum, omnem usum* [5], c'est-à-dire le droit de se servir des choses et de s'en servir seul; et réciproquement il ne doit avoir aucun fruit; car l'usager qui peut faire parquer les bestiaux sur ses propres terres, *ad stercorandum agrum suum*, ne profite ni du croît, ni de la laine, ni du lait; ce sont des fruits, et cette raison suffit pour que l'usager n'ait rien à y prétendre. Il est vrai qu'Ulpien modifie cette décision, en accordant à l'usager une portion de fruits; mais il les lui accorde par un motif qui confirme le principe. Effectivement, le droit d'usage dont on s'occupe ici résulte d'un legs qu'il s'agit d'interpréter : Ulpien ne croit pas que le testateur doive être pris au mot, et précisément parce que l'usage légué ne donne par lui-même aucun fruit, le jurisconsulte cherche dans la volonté du testateur ce qu'il ne trouve pas dans ses expressions : *neque enim tam stricte sunt interpretandæ voluntates defunctorum*.

§ I.

441. Relativement aux fonds de terre, les mêmes considérations militent plus fortement encore : l'usager pourra donc prendre le bois, le foin dont il aura besoin jour par jour. Cette jouissance partielle lui a été accordée petit à petit et par concessions successives. Sabinus et Cassius ont donné d'abord un peu moins et ensuite un peu plus que Nerva, mais moins encore que Jubentius; enfin Ulpien donne plus ou moins, suivant la condition de l'usager, *pro dignitate ejus cui relictus est usus*, et

(1) *Gaius, fr.* 1, § 1, *h. t.* — (2) § 4, *de usufr.* — (3) *Ulp. fr.* 2, *h. t.* — (4) § 1, *h. t.* — (5) *Ulp. fr.* 12, *pr. et* § 3, *h. t.*

suivant l'abondance des récoltes, qui rend moins onéreux le prélèvement d'une petite portion sur une grande quantité : *neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo.*

Autrement, en effet, l'usage d'un fonds de terre se réduirait au droit de promenade, *deambulandi et gestandi jus* (1), c'est-à-dire qu'il serait presque illusoire. En conséquence, on permet à l'usager d'empiéter sur la jouissance, quelquefois même de l'envahir. C'est ainsi que, relativement à une forêt, le légataire de l'usage obtient véritablement l'usufruit : on suppose que le testateur a voulu léguer plus que l'usage, lorsque l'usage serait sans utilité pour les légataires, *quia nihil habituri essent ex eo legato* (2).

442. Ces considérations, fondées sur l'intention présumée du testateur, sont étrangères au droit d'usage pris en lui-même ; elles indiquent suffisamment que si l'usager obtient quelques fruits, c'est parce qu'on ajoute à l'usage proprement dit une portion de jouissance qu'il ne comprend pas naturellement. C'est une extension que le droit d'usage n'admettrait peut-être pas s'il était constitué, non par testament, mais entre-vifs, par suite d'une convention qui prête moins à l'interprétation (3).

Néanmoins ce sont ces extensions de l'usage que les commentateurs ont prises pour l'usage même. Ils donnent à l'usager tout ce qui est nécessaire à ses besoins, en lui refusant tout émolument, tout agrément (4), et par une singularité remarquable, en définissant l'usage d'après l'extension qu'on lui donne accidentellement, ils le restreignent, sous d'autres rapports, dans des limites beaucoup trop étroites. Je m'explique : l'usager n'a point la jouissance ; s'il prend quelques fruits, c'est par suite d'une concession qui n'excède pas ses besoins ; mais les services de la chose appartiennent tous à l'usager, et n'appartiennent qu'à lui ; en un mot, pour tout ce qui tient à l'usage proprement dit, l'usager est seul maître, et comme tel, il a droit d'empêcher que la chose ne serve à aucun autre, lors même qu'il ne veut pas s'en servir (5). Ainsi le propriétaire ne rentrera point sa récolte dans les celliers ou dans les granges du domaine ; il ne viendra point sur le fonds, si ce n'est pour

(1) *Ulp. d. fr.* 12, § 1, *h. t.* — (2) *Pomp. fr.* 22, *h. t.* — (3) *Paul. fr.* 12, *de reg. jur.*; *Janus à Costa, pr., h. t.* — (4) *Pothier*, 7, *pandect.* 8, n° 2. — (5) *Pomp. fr.* 22, § 1, *h. t.*

faire la récolte, et n'enverra dans les autres saisons que les ouvriers nécessaires à la culture (1); mais alors, comme la culture est nécessaire à la production des fruits, l'usager fera place aux travailleurs et les laissera vaquer librement aux travaux agricoles (2). C'est en ce sens seulement qu'on peut dire, avec notre texte, que l'usager ne gênera point le propriétaire et n'empêchera point les travaux d'exploitation, *opera rustica;* car, sous ce rapport, le propriétaire conserve FRUENDI CAUSA (3), une portion d'usage sans laquelle il ne pourrait pas jouir (4).

§ II.

443. Ce qu'on vient de dire s'applique à l'usage des bâtiments. Ainsi, quand même l'usager ne pourrait occuper qu'une petite partie de la maison, le propriétaire ne viendrait point habiter les pièces vacantes (5). A l'égard de l'habitation, qui est l'exercice du droit d'usage, le propriétaire n'est qu'un étranger; il profite si peu des logements inutiles à l'usager, que celui-ci peut y recevoir des locataires. En général, cependant, il ne doit pas louer: mais, lorsqu'il habite personnellement une partie de la maison, on ne lui envie pas un profit qui ne nuit à personne (6); car l'usage d'une maison ou d'un esclave ne laisse jamais rien à la jouissance (7).

Certainement, d'après ce qu'on vient de voir, l'usage est loin de se trouver limité aux besoins de l'usager. Pour nous résumer sur ce point, nous distinguerons donc, à l'égard de chaque chose, entre les fruits et les services. Ces derniers appartiennent tous à l'usager, et n'appartiennent qu'à lui. Quant aux fruits, ce n'est pas le droit d'usage, considéré en lui-même, qui les lui attribue; c'est plutôt l'extension donnée à ce droit, et cette extension seule a été limitée aux besoins de l'usager (8).

444. Nous avons dit qu'en général l'usager ne peut pas louer; il ne peut pas non plus vendre ou aliéner gratuitement l'exercice de son droit, et en cela l'usager diffère essentiellement de l'usufruitier, qui est libre de jouir par lui-même ou par autrui, sans doute parce qu'il n'y a qu'une façon de jouir, tandis que chacun use à sa manière. Chacun doit donc user par soi-même, et notre texte indique suffisamment dans quel sens

(1) *Ulp. fr.* 10, § 4; *fr.* 12, *pr.*, *h. t.* — (2) *Paul. fr.* 15, § 1, *h. t.* — (3) *Florent. fr.* 42, *de usufr.* — (4) *Ulp. fr.* 14, § 1, *h. t.* — (5) *Pomp. d. fr.* 22, § 1, *h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 4 *et* 8, *h. t.* — (7) *Paul. fr.* 15, *h. t.* — (8) *Themis, t. I, p.* 258; *t. VI, p.* 124.

ce principe s'applique à l'usage d'une maison : ainsi, les domestiques de l'usager peuvent habiter avec leur maître, la femme de l'usager peut habiter avec son mari, et réciproquement ([1]).

§ III.

445. Pareillement, le mari et la femme se servent en commun des choses dont l'usage est légué à l'un d'eux ([2]). Si donc l'usager d'un esclave ou d'une bête de somme est le seul (*ipse tantum*) qui puisse employer leur industrie ou leur travail, c'est en ce sens qu'il ne doit ni les louer ni les prêter à des étrangers; mais il peut les faire travailler pour son compte aux ouvrages dont il est chargé personnellement, ou dont il a l'entreprise ([3]).

§ V.

446. L'usage d'une maison consiste à l'habiter, et cependant on en lègue souvent l'habitation comme droit distinct. L'habitation différait de l'usufruit et de l'usage en ce qu'elle ne s'éteignait ni par la petite *capitis deminutio*, ni par le non-usage ([4]). En effet, l'habitation POTIUS IN FACTO QUAM IN JURE CONSISTIT (*a*), ou, en d'autres termes, l'habitation n'est pas, comme l'usufruit et l'usage, une création du droit civil, et par suite n'en subit pas les conséquences rigoureuses.

Du reste, sous tout autre rapport, l'habitation semblait devoir se confondre avec l'usage. Papinien ne distinguait point leurs effets, et Ulpien déclarait expressément qu'il faut habiter par soi-même. Justinien, au contraire, préférant l'opinion de Marcellus, accorde la permission de louer. Cette décision rapproche le droit d'habitation de l'usufruit autant que l'opinion contraire le rapprochait de l'usage.

§ VI.

447. Pour traiter des différentes choses incorporelles dans l'ordre où elles sont énumérées ci-dessus ([5]), Justinien devrait

([1]) *Ulp., Paul. et Pomp. fr.* 2, 3, 4, 5 *et* 6, *h. t.* — ([2]) *Paul. fr.* 9, *h. t.* — ([3]) *Ulp. fr.* 12, §§ 5 *et* 6, *h. t.* — ([4]) *Ulp. fr.* 10, *h. t.* — ([5]) § 2, *de reb. corp.*

(*a*) *Modest.* 10, *fr. de cap. min.* C'est dans le même sens à peu près que Paul (*fr.* 27, § 2, *de pact.*), comparant les stipulations et les pactes, dit que dans les unes *jus continetur*, tandis que dans les autres *factum versatur*, pour expliquer que le droit civil ne reconnaît pas les pactes et ne leur accorde aucune force.

s'occuper ici de l'hérédité et des obligations ; mais il ajourne l'examen de ces matières pour exposer sans interruption les manières d'acquérir la propriété. Nous avons déjà vu celles qui dérivent du droit des gens; examinons celles qui dérivent du droit civil.

Il faut distinguer à cet égard les choses dites MANCIPI et les choses NEC MANCIPI : on comprenait dans la première classe les héritages urbains situés en Italie, les héritages ruraux faisant partie du sol italique, et les servitudes inhérentes à ces derniers, c'est-à-dire les servitudes rurales, les esclaves, et enfin les animaux domestiques qui servent comme bêtes de trait ou de somme, savoir les bœufs, les chevaux, les ânes et les mulets. Cette énumération limitative exclut tout ce qu'elle ne comprend pas expressément, notamment les héritages provinciaux, les éléphants, les chameaux et tous les autres animaux sauvages, enfin les servitudes urbaines, et en général toutes les choses incorporelles autres que les servitudes rurales.

448. Les choses MANCIPI s'acquéraient [1], non par tradition, mais par mancipation, par *cessio in jure*, par usucapion, par adjudication, et en vertu de la loi [2]. Nous reviendrons ailleurs sur les trois derniers modes d'acquisition ; mais nous devons parler ici des trois premiers.

449. La mancipation, comme nous l'avons déjà vu (197), et comme nous le verrons encore en parlant de la forme des testaments [530], est une vente solennelle, dont les formalités, quoique nombreuses, n'exigéaient point la présence du magistrat [3]. Elle s'appliquait exclusivement, comme l'indique l'expression même, aux choses MANCIPI [4].

450. Pour faire une *cessio in jure*, au contraire, il fallait recourir à l'autorité du magistrat, et introduire devant lui *in jure* un procès fictif, une revendication convenue d'avance entre le cédant et le cessionnaire, en sorte que la prétention de ce dernier, n'étant pas contredite, était nécessairement admise, et même confirmée par le magistrat qui *addicebat* [5]. Cette manière d'acquérir, commune aux choses *mancipi* ou *nec mancipi* [6], était rarement employée pour les premières, parce qu'elle était plus solennelle, et par suite moins commode que

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 120 ; 2 *inst.* 15, 16, 22, 26 *et* 31 ; *Ulp.* 19 *reg.* 1. — (2) *Ulp.* 19, *reg.* 2. — (3) *Ulp.* 19, *reg.* 3. — (4) *Ulp.* 19, *reg.* 9 ; *Gaius*, 2 *inst.* 24. — (5) *Ulp.* 19, *reg.* 9. — (6) *Gaius*, 2 *inst.* 25.

la mancipation (1); mais, relativement aux autres choses, la *cessio in jure* était d'une application plus générale que la tradition même, en ce sens qu'on cédait *in jure* tout ce qui pouvait être revendiqué; ce qui comprend, outre les choses corporelles, plusieurs droits ou choses incorporelles, comme l'usufruit, les servitudes rurales ou urbaines, l'hérédité, et même la tutelle légitime des femmes pubères (2).

451. A défaut de cession ou de mancipation, la tradition d'une chose MANCIPI, quoique faite par le propriétaire *ex justa causa* avec intention de transférer la propriété (471), n'aurait pas suffi, d'après le droit civil, pour opérer immédiatement cette translation : il fallait posséder la chose pendant un certain temps, après lequel la propriété venait se réunir à la possession. C'est ainsi que l'usucapion suppléait à la mancipation ou à la cession par une possession continuée pendant deux ans pour les choses immobilières, et pendant un an seulement pour les autres choses (3).

452. Dans cet intervalle, la chose MANCIPI continuait d'appartenir à son ancien maître et à lui seul; car on ne connaissait dans l'origine qu'une espèce de propriété. Les citoyens qui n'étaient pas propriétaires *ex jure Quiritium*, ne l'étaient pas du tout; mais, dans la suite, on distingua pour les choses MANCIPI, deux sortes de propriété, dérivant l'une du droit civil, l'autre du droit des gens, en sorte que le même objet pouvait avoir et avait souvent deux maîtres, dont l'un conservait le domaine civil ou quiritaire, tandis que l'autre avait la chose *in bonis* (4).

Ce dernier ne jouissait pas des prérogatives que la propriété tire spécialement du droit civil. Ainsi il n'avait pas la revendication proprement dite; mais le droit honoraire y suppléait par une action utile que l'on appelle action publicienne (5). D'un autre côté, le maître qui avait un esclave *in bonis* seulement ne le rendait pas citoyen, en l'affranchissant [81, 84]; il avait, du reste, tous les avantages que le droit des gens attache à la propriété, notamment celui d'acquérir par l'esclave. Pour profiter des acquisitions faites par ce dernier, ou pour le rendre Latin Junien en l'affranchissant, il fallait l'avoir, et il suffisait qu'on l'eût *in bonis* (6).

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 25.—(2) *Gaius*, 1 *inst.* 168; 2 *inst.* 34 *et seqq.*—(3) *Gaius*, 2 *inst.* 41, 42, 54; *Ulp.* 19, *reg.* 8. — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 40 *et* 41. — (5) § 4, *de action.* — (6) *Gaius*, 2 *inst.* 88; *Ulp.* 19, *reg.* 20.

...servant ainsi le titre de propriétaire à l'ancien ... MANCIPI qu'un autre avait *in bonis*, le droit ... dernier la libre disposition de sa chose. Si ... nettement dans quel but les Romains ont ... MANCIPI OU NEC MANCIPI, on ne reconnaît ...tage pouvait offrir la rétention du droit ...s *Quiritium*. Justinien, n'y voyant qu'un ...istinction plus embarrassante qu'utile, ... d'avoir *in bonis* un esclave ou toute ... être seul et légitime propriétaire. ...nt dès lors superflue, est égale... ...is la tradition suffit pour trans... ...oses corporelles sans distinc... ...ne transférait ni les choses ... choses corporelles.

...s provinciaux se distinguant en sti... ...aires, suivant que la province dont ils fai... appartenait au peuple ou à l'empereur, étaient cer... ...t susceptibles de tradition (4), comme toutes les choses ...les; mais le droit civil ne reconnaissant dans les pro... ...l'autre propriétaire que le peuple romain ou le prince, ...ticuliers n'avaient sur chaque portion du sol par eux ...e qu'une possession (5), que le droit prétorien seul pro... par des interdits, par des exceptions et par des actions ... Les fonds provinciaux, à la différence des autres choses ...*ancipi*, n'admettaient donc pas la *cessio in jure* (6), préci...ment parce qu'il n'existait pour eux ni propriété privée, ni ...dication. En réalité, ce droit exclusif du peuple ou du ...ce sur les fonds provinciaux n'était, depuis longtemps, ...ne propriété nominale, dont la trace s'était affaiblie et même ...cée avant Justinien (7). Si ce prince permet d'aliéner les fonds ...inciaux comme les fonds italiques, s'il supprime toute diffé...ce entre eux (8), c'est donc uniquement pour confirmer en ...it ce qui existait déjà en fait. De cette manière, la possession ...sol provincial devient une propriété légale, un *dominium* ...prement dit.

...55. Quant aux autres choses corporelles NEC MANCIPI, la

(2) *C. de nud. jur. Quirit.* — (3) *C. de usucap. transf.* — (3) § 40, *de div. rer.*; *Theoph. ibid.* — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 21. — (5) *Gaius*, 2 *inst.* 7. — (6) *Gaius*, 2 *inst.* 31. (7) *Fragm. vatic.* §§ 259, 283, 293, 315 *et* 316. — (8) § 40, *de div. rer.*

tradition a suffi de tout temps pour en transférer *ex jure Quiritium* la pleine propriété, sans réserve d'usufruit; car cette réserve, quoiqu'elle fût admise dans la mancipation et la *cessio in jure* (1), ne l'était pas dans la tradition, parce que l'usufruit se constitue seulement par les moyens du droit civil, et que la tradition dérive du droit des gens (*a*).

456. Dès que la tradition a suffi pour transférer indistinctement tous les objets corporels, la mancipation est devenue tout à fait inutile, et la *cessio in jure* elle-même a perdu de son importance. Cependant elle peut encore n'être pas sans utilité pour les choses incorporelles; Justinien lui-même paraît vouloir la conserver, puisqu'elle n'est pas, comme la mancipation, totalement effacée dans les Institutes et dans les Pandectes (2).

Quant à l'usucapion, elle resterait sans objet dans la législation de Justinien, si l'on ne considérait en elle que l'acquisition des choses MANCIPI; mais elle avait aussi, à l'égard des autres choses, des effets qui ont subsisté, en subissant toutefois d'importantes modifications, comme nous le verrons dans le titre suivant.

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 33. — (2) § 2, *de usufr.*; *Pomp. fr.* 66, *de jur. dot.*; *Pap. fr.* 12, *de mort. caus. don.*

(*a*) *Paul frag. vatic.* § 47; *Gaius*, 2 *inst.* 65. De là il faut conclure avec le commentateur des *fragmenta vaticana*, M. de Bucholtz : 1° Que l'usufruit, et sans doute aussi les droits d'usage et de servitude prédiale, dérivent du droit civil; 2° que la tradition est et reste du droit des gens, lors même qu'elle produit un effet civil en transférant le domaine quiritaire, et conséquemment que les différentes manières d'acquérir sont considérées comme appartenant au droit des gens ou au droit civil d'après leur origine, indépendamment de leurs effets; 3° enfin, que si plusieurs textes du Digeste (*Pomp. fr.* 32, *de usuf.*; *Gaius, fr.* 5, *de usuf. accresc.*; *Paul. fr.* 8, § 1, *de action. empt.*; *Afric. fr.* 46, *de evict.*) autorisent la réserve d'usufruit sur des biens aliénés par tradition, c'est qu'ils ont été remaniés, comme l'ont été deux décisions d'Ulpien (*fr.* 1, *quib. mod. usuf.*; *fr.* 3, § 1, *de usuf.*), dont nous avons aujourd'hui la teneur primitive (V. *frag. vatic.* § 61 *et* 80).

Une réponse de Papinien (*fr.* 42, *de donat. mort. caus.*) et une constitution de Théodose *C.* 28, *de donat.*; *C.* 9, *C. Th.*, *eod.*) seraient plus difficiles à expliquer si elles ne statuaient pas sur une donation, c'est-à-dire sur un genre d'aliénation où la tradition intervenait avant Justinien, dans un but absolument indépendant de l'aliénation même [1339], et par conséquent de la réserve que fait le donateur en aliénant, soit par mancipation, soit par *cessio in jure* (V. *Cujas sur Papinien*, *d. fr.* 42, *de donat. mort. caus.*).

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora.

Nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur : et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente adquirantur.

1. Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi

TITRE VI.

DES USUCAPIONS ET DES POSSESSIONS DE LONGUE DURÉE.

Le droit civil avait établi que, dans le cas où, traitant de bonne foi avec une personne qui n'était pas, mais que l'on croyait être propriétaire d'une chose, on aurait ou acheté ou reçu cette chose soit par donation, soit à tout autre juste titre, on pourrait l'usucaper, au bout d'un an et en tout pays lorsqu'il s'agirait d'un meuble, au bout de deux ans et seulement sur le sol italien lorsqu'il s'agirait d'un immeuble, le tout afin que la propriété ne restât point incertaine. Les anciens l'ont ainsi décidé, pensant que les délais dont on a parlé suffisent à chacun pour réclamer sa propriété.

Quant à nous, il nous a paru plus sage de ne point frustrer si promptement les propriétaires, et de ne point circonscrire, quant au territoire, le bénéfice de l'usucapion. Aussi avons-nous promulgué une constitution d'après laquelle on usucapera les meubles après trois ans, les immeubles après une possession de longue durée (c'est-à-dire dix ans entre présents et vingt ans entre absents), et la propriété s'acquerra de cette manière, non seulement en Italie, mais dans tout le territoire de notre empire, par suite d'une possession fondée sur une juste cause.

1. Cependant il est des cas où, malgré la bonne foi du possesseur, l'usucapion ne s'accomplit par au-

cun laps de temps; par exemple, lorsqu'on possède un homme libre, une chose sacrée ou religieuse, un esclave fugitif.

usucapio ullo tempore procedit : veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

2. Pareillement les choses volées ou possédées par violence, quand même on les aurait possédées de bonne foi pendant le susdit espace de la longue durée, ne peuvent s'usucaper : car la loi des Douze Tables et la loi Atinia prohibent l'usucapion des choses volées; les lois Julia et Plautia, celle des choses possédées par violence.

2. Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex Duodecim Tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem; vi possessarum, lex Julia et Plautia.

3. Lorsqu'on dit que les lois prohibent l'usucapion des choses volées ou possédées par violence, ce n'est pas pour rendre l'usucapion impossible au voleur lui-même, ou à ceux qui possèdent par violence; car l'impossibilité d'usucaper résulte pour eux d'un autre motif, c'est-à-dire de leur mauvaise foi : mais on veut indiquer que nulle autre personne, lors même qu'elle aurait acheté ou reçu d'eux à tout autre titre et avec bonne foi, n'aura le droit d'usucaper. Aussi, à l'égard des meubles, l'usucapion ne s'accomplit-elle pas facilement pour les possesseurs de bonne foi; car quiconque vend ou livre à quelque autre titre la chose d'autrui, commet un vol (1).

3. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessori usucapio competat : nam qui alienam rem vendit (1) vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

4. Quelquefois cependant il en arrive autrement; en effet, lorsqu'une chose a été prêtée, louée au défunt, ou déposée chez lui, si

4. Sed tamen id aliquando aliter se habet : nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum de-

(1) Car celui qui sciemment vend ou livre, etc.

(1) *Vulgo* : nam qui sciens alienam rem vendit.

positam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est; quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit.

l'héritier, croyant qu'elle appartient à l'hérédité, la vend, la donne ou la constitue en dot à une personne qui la reçoit de bonne foi, celle-ci pourra certainement usucaper. En effet, cette chose n'est point entachée du vice de vol; car l'héritier qui l'aliène de bonne foi, comme sienne, ne commet aucun vol.

5. Item si is ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur.

5. Pareillement, l'usufruitier d'une esclave, lorsqu'il vend ou donne la part dont il se croit propriétaire, ne commet aucun vol; le vol, en effet, ne se commet point sans intention de voler.

6. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possessore usucapiatur.

6. Il est encore plusieurs autres cas où l'on pourrait, sans aucun vol, livrer la chose d'autrui, et mettre le possesseur en état de l'acquérir par usucapion.

7. Quod autem ad eas res quæ solo continentur, expeditius procedit ut quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur. Qui, quamvis ipse mala fide possidet, quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri ([1]), quia neque furtivum neque vi possessum ac-

7. A l'égard des propriétés foncières, il arrive plus facilement qu'une personne se mette sans violence en possession d'un lieu vacant, soit par l'absence ou par la négligence du propriétaire, soit parce qu'il serait décédé sans successeur. Cette personne possède de mauvaise foi, puisqu'elle n'ignorait pas, en s'emparant du fonds, qu'il appartînt à autrui: cependant, si elle livre ce fonds à un tiers qui le reçoit de bonne foi, ce dernier pourra l'acquérir par la longue possession ([1]); car la

([1]) Si quis mala fide rem possidens... hanc rem alienat... si autem ignorat vetus alienatarum rerum dominus et quia res ei competant, et quia alienatio facta est, non aliter hunc excludi, nisi per tricennalem

([1]) Lorsqu'une chose est aliénée par celui qui la possédait de mauvaise foi, le propriétaire, qui a ignoré son droit sur cette chose et l'aliénation qui en a été faite, ne sera repoussé que par la prescription de trente ans; sans que

chose par lui reçue n'a été ni volée ni possédée par violence. On a rejeté en effet l'opinion de quelques anciens, qui admettaient la possibilité de voler même un fonds ou un terrain, et les constitutions impériales ont pourvu à ce qu'aucun de ceux qui possèdent des biens-fonds ([1]), ne fût dépouillé d'une possession longue et non équivoque.

8. Quelquefois aussi une chose volée ou enlevée par violence devient susceptible d'usucapion, savoir, lorsqu'elle est rentrée en la puissance du propriétaire; car alors le vice étant purgé, l'usucapion ne rencontre plus d'obstacle.

9. Les biens de notre fisc ne sont pas susceptibles d'usucapion; mais, lorsqu'il existe des biens vacants qui ne sont pas encore dénoncés au fisc, Papinien dit que l'acheteur de bonne foi, auquel un de ces biens a été livré, peut l'usucaper. L'empereur Antonin le Pieux, les empereurs Sévère et Antonin, l'ont ainsi décidé par rescrit.

10. Enfin pour que l'acheteur de bonne foi, ou celui qui possède à tout autre juste titre, puisse usucaper une chose, il faut que celle-ci n'ait en elle aucun vice.

11. L'erreur sur la réalité du

le détenteur, dont l'auteur aura possédé de mauvaise foi, puisse se prévaloir d'avoir été personnellement de bonne foi.

([1]) Et dans l'intérêt de ceux qui possèdent des biens-fonds, les constitutions impériales ont pourvu à ce que personne ne fût, etc.

ceperit : abolita est enim quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri, et eorum (1) qui res soli possederint, principalibus constitutionibus prospicitur ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

8. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

9. Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nunciatis, bona fide emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse. Et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

10. Novissime sciendum est, rem talem esse debere ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

11. Error autem falsæ cau-

præscriptionem : non valente dicere eo qui res hoc modo possidet, quia bona fide ipse possidet quando ipse a mala fide possidente hoc accepit. (*Nov.* 119, *cap.* 7.)

([1]) *Vulgo* : et eorum [illegible] qui, etc.

sæ usucapionem non parit: veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

titre ne produit point d'usucapion : par exemple, lorsque le possesseur qui n'a fait aucun achat s'imagine avoir acheté; ou lorsqu'il possède, comme donataire, ce qu'on ne lui a point donné.

12. Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum. Quod si initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

12. La longue possession qui a commencé à profiter au défunt, continue pour l'héritier ou pour le possesseur de biens, quand même il saurait n'être pas propriétaire du fonds; mais la possession du défunt, lorsqu'elle n'a pas commencé régulièrement, ne profite point à l'héritier ou au possesseur de biens, malgré sa bonne foi. Une de nos constitutions établit que la possession se continuera de même en matière d'usucapion.

13. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt.

13. Entre le vendeur et l'acheteur on joint aussi les années, suivant un rescrit des empereurs Sévère et Antonin.

14. Edicto divi Marci cavetur, eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere.

14. D'après un édit de l'empereur Marc-Aurèle, celui qui achète au fisc la chose d'autrui peut, après un intervalle de cinq ans, repousser le propriétaire par une exception.

* Constitutio autem divæ memo-
* riæ Zenonis bene prospexit iis qui
* a fisco per venditionem aut dona-
* tionem vel alium titulum aliquid
* accipiunt, ut ipsi quidem securi
* statim fiant, et victores existant,
* sive experiantur sive convenian-
* tur; adversus autem sacratissimum
* ærarium usque ad quadriennium
* liceat intendere iis qui pro domi-
* nio vel hypotheca earum rerum
* quæ alienatæ sunt, putaverint
* sibi quasdam competere actiones.

Mais Zénon, de divine mémoire, a montré une sage prévoyance pour ceux à qui le fisc transmet quelque chose par vente, donation ou tout autre titre. Sa constitution leur donne immédiatement sécurité, et leur assure gain de cause dans les procès qu'ils soutiendront comme demandeurs ou comme défendeurs, sauf le recours que pourront exercer pendant quatre ans, contre le trésor impérial, ceux qui croiront avoir action pour leurs droits de propriété ou d'hypothèque sur les objets aliénés. Une de

nos constitutions, récemment promulguée, applique aux personnes qui recevraient quelque chose de notre maison, ou de celle de l'impératrice, les dispositions que Zénon a ainsi établies sur les aliénations du fisc.

Nostra autem divina constitutio quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui a nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutione continentur.

EXPLICATION.

PR.

457. D'après le droit des gens, quelle que fût la bonne foi du possesseur, la propriété n'était jamais transférée sans la volonté du propriétaire (1); mais le droit civil, c'est-à-dire ici la loi des Douze Tables, voulant prévenir de trop longues incertitudes sur la propriété, essaya de concilier l'intérêt public avec l'intérêt privé, en fixant pour chaque propriétaire, *ad inquirendas res suas*, un délai que les anciens jugeaient suffisant (2), et à l'expiration duquel les choses livrées par tout autre que le propriétaire et sans sa volonté, étaient acquises à celui qui les avait possédées sans interruption (3).

Cette usucapion n'avait cependant qu'une application limitée à certaines choses et à certaines personnes. Les meubles s'acquéraient ainsi par une année de possession sans distinction de lieux (*ubique*); les immeubles par deux ans de possession, mais en Italie seulement (4), parce que le domaine quiritaire n'existait pas pour les particuliers sur le sol provincial [454]. Enfin l'usucapion, quel que fût son objet, ne profitait qu'aux personnes qui avaient reçu la chose de bonne foi et *ex justa causa*, comme nous l'expliquerons plus loin [470 et 471].

458. Justinien opère ici un changement très important, sans toutefois introduire un droit entièrement nouveau. En effet, lorsque la possession, soit d'un meuble, soit d'un immeuble situé en Italie ou dans les provinces, avait duré *longo tempore*, c'est-à-dire dix ans entre présents et vingt entre absents, le préteur maintenait le possesseur de bonne foi dans la

(1) §§ 35, 40 et 42, *de div. rer.* — (2) *Text. hic; Gaius*, 2 *inst.* 44; *fr.* 1, *de usurp.* — (3) *Ulp.* 19 *reg.* 2. — (4) *Text. hic*; 2 *inst.* 46.

possession acquise *ex justa causa*, en lui accordant une exception pour repousser toute action tendant à l'évincer [1].

Cette prescription ou exception *longi temporis* n'avait d'autre effet que de garantir le possesseur des actions dirigées contre lui sans qu'il pût lui-même revendiquer la chose, du moins par action directe; car Ulpien [2] lui accorde une revendication utile. L'usucapion, au contraire, accomplie par un délai beaucoup plus court, transférait au possesseur le domaine quiritaire. Sous ce rapport elle était plus avantageuse que la prescription; mais, d'un autre côté, elle ne transférait la propriété qu'avec les servitudes et les hypothèques dont la chose était grevée dans la main du précédent propriétaire, comme s'il l'avait aliénée lui-même. Ainsi, malgré l'usucapion, tous ceux qui avaient un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque, le conservaient intact [3]. Après le délai de la prescription au contraire, la même exception qui aurait repoussé la revendication du propriétaire repoussait également le créancier hypothécaire [4]. Sous ce rapport la prescription plus tardive, mais plus avantageuse que l'usucapion, n'était pas sans utilité pour les fonds italiques ni même pour les meubles [5], outre qu'elle était seule applicable aux fonds provinciaux que n'atteignait pas l'usucapion.

459. Justinien conserve, à l'égard des immeubles, la possession *longi temporis*, en décidant que les délais de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents, seront appliqués d'après le domicile des parties intéressées, selon qu'elles habiteront la même province ou deux provinces différentes [6]. De plus, il attribue à la possession *longi temporis* tous les effets de l'usucapion, qui par là se trouve sinon supprimée, du moins transformée. Un changement analogue s'opère aussi à l'égard des meubles, mais quoiqu'il augmente le délai fixé par la loi des Douze Tables, en le portant d'un an à trois ans, l'empereur ne l'étend pas jusqu'au *longum tempus* du droit prétorien, en sorte que la possession *longi temporis*, ne s'appliquant plus nominalement aux meubles, l'usucapion conserve son nom quant à eux [7].

(1) *Diocl. et Max. C.* 2, 3 *et* 9, *cod.*: *Paul.* 5 *sent.* 2, § 3. — (2) *Ulp. fr.* 10, *si serv. vind.* — (3) *Pap. fr.* 44, § 5, *de usurp.* — (4) *Gordian., Diocl. et Max. C.* 1 *et* 2, *si adv. credit.* V. *Paul. fr.* 12, *de div. temp. præscript.* — (5) *Modest. fr.* 3; *Marcian. fr.* 9, *de divers. temp.* — (6) *C.* 12, *de præscrip. long. temp.* — (7) *C. de usucap. transf.* V. 477.

460. Pour entrer dans les développements qu'exige cette matière, nous avons à examiner d'abord à quelles choses s'appliquent soit l'usucapion, soit la prescription. L'une et l'autre supposent la possession ; les objets corporels semblent donc seuls susceptibles d'être usucapés ou prescrits. Cependant si l'usucapion leur est applicable principalement, *maxime*, dit Gaïus [1], elle ne l'est pas exclusivement. Cette restriction se réfère à un petit nombre de choses incorporelles dont l'usucapion primitivement admise a été ensuite rejetée. Telle est l'hérédité [2] ; telles ont été, jusqu'à la loi Scribonia portée en 720, toutes les servitudes [3]. Il est vrai, que d'après la législation des Pandectes, on recouvre par usucapion la liberté des héritages soumis à une servitude urbaine [428] ; mais l'exercice d'une servitude urbaine ou rurale ne suffit pas pour la constituer par usucapion [4]. Du reste, la prescription prétorienne maintient la jouissance de ceux qui ont exercé *longo tempore* soit une servitude urbaine ou un droit d'aqueduc [5] dont l'exercice constitue une sorte de possession continue [6], soit même une servitude discontinue, telle qu'un droit de passage [7]. Justinien [8] généralise ce principe en permettant d'acquérir *longo tempore* une servitude quelconque, et même un droit d'usufruit, quoique l'acquisition de ce droit, soit par usucapion, soit *per longum tempus*, n'ait été admise par aucun des anciens textes (*a*).

§§ I et II.

461. Revenons aux choses corporelles. Il en est un grand nombre qui ne s'acquièrent point par usucapion. Tels sont d'abord les personnes libres, les choses de droit divin et les esclaves fugitifs.

(1) *Gaius, fr.* 9, *de usurp.* — (2) *Gaius,* 2 *inst.* 54. — (3) *Paul. fr.* 4, § 9, *de usurp.* — (4) *Paul. fr.* 14, *de servit.; Ulp. fr.* 10, *de usurp.* — (5) *Ulp. fr.* 10, *si serv. vind.* — (6) *Paul. fr.* 20, *de serv. præd. urb.* — (7) *Ulp. fr.* 5, § 3, *de itin. act.* — (8) *C.* 12, *in fin. de præscr. long. temp.*

(*a*) Pas même dans Ulpien (*fr.* 11, § 1, *de public. in rem act.*). Zimmern a soutenu dans la *Thémis* (t. IV, *p.* 373) que Justinien, en appliquant la possession *longi temporis* à l'usufruit et aux servitudes, s'est occupé, non de leur acquisition, mais de leur extinction. Cette théorie paraîtrait plus concluante, si Justinien ne parlait que des servitudes personnelles ; mais il statue sur toutes les servitudes sans distinction, et il n'est pas vraisemblable qu'il déroge, sans en rien dire, aux règles admises par le droit honoraire pour l'acquisition des servitudes prédiales.

Les hommes libres, qui ne sont pas même des choses, les choses sacrées ou religieuses et autres objets qui sont hors du commerce, ne s'acquièrent point par usucapion ou par prescription, sans doute parce qu'ils ne peuvent jamais être acquis à personne (1).

Quant à l'esclave fugitif, la prohibition tient à une autre cause. En effet, sa fuite est considérée comme un vol qu'il fait de sa propre personne (2). Or l'usucapion des objets volés ou possédés de force est prohibée : savoir, celle des choses volées, par la loi des Douze Tables et par la loi Atinia (a); celle des choses possédées de force, par les lois Julia et Plautia (3).

§ III.

462. Cette prohibition, complétement inutile à l'égard du voleur ou du ravisseur, puisque sa mauvaise foi suffit pour l'empêcher d'acquérir par usucapion, s'applique à tous les possesseurs de bonne foi entre les mains de qui passerait successivement la chose volée ou possédée de force (4). Il y a vol toutes les fois que l'on déplace sciemment et frauduleusement la chose d'autrui, par exemple, en la vendant ou en la donnant de mauvaise foi (5). On voit par là qu'il est très difficile d'usucaper les choses mobilières; car lorsqu'elles sont livrées avec le consentement du véritable maître, la propriété en est transférée tout de suite; et lorsqu'il n'a pas consenti, il arrive presque toujours que la chose est volée.

§§ II, IV et V.

463. Je dis presque toujours, parce que le contraire peut arriver, comme on le voit par les deux exemples que Justinien rapporte ici, et auxquels on pourrait en ajouter plusieurs autres (6).

(1) § 7, *de div. rer.*; § 4 *de legat.*; § 2, *de inut. stip.*; § 5, *de empt. vend.*; *Gaius*, 2 *inst.* 48.—(2) *Afric. fr.* 60, *de furt.*; *Diocl. et Max. C.* 1, *de serv. fugit.* —(3) *Gaius*. 2 *inst.* 45; *Julian. fr.* 33, *de usurp.*; *Venul. fr.* 6, *vi bon. rapt.* — (4) *Text. hic*; *Gaius*, 2 *inst.* 49 *et* 50. — (5) *Text. hic*; §§ 1 *et* 5, *de obl. quæ ex del.* — (6) *Gaius*, *fr.* 36, § 1, *de usurp.*; *Paul. fr.* 4, *pro derel.*; *Pap. fr.* 57, *mand. vel contra.*

(a) On ignore ce que peut avoir ajouté, aux dispositions antérieures de la loi des Douze Tables, la loi Atinia, plébiscite porté l'an de Rome 557. La loi Plautia est un autre plébiscite proposé par Plautius, en 665. La loi Julia, attribuée à Auguste, paraît être celle dont il est question au § 8, *de publ. Jud.*

Remarquons qu'il n'y a point de vol sans intention frauduleuse (*sine affectu furandi*), même lorsque l'on commet une erreur de droit, comme l'usufruitier dont il s'agit ici ([1]).

§ VII.

464. L'usucapion des immeubles serait aussi difficile que celle des meubles, si les premiers pouvaient être volés, comme le pensaient anciennement plusieurs jurisconsultes, et entre autres Sabinus ([2]), dont l'opinion a été rejetée. A l'égard des meubles, le vendeur ou le donateur qui livre sciemment la chose d'autrui commet un vol et par cela même rend l'usucapion absolument impossible. L'usucapion des immeubles, au contraire, reste permise tant qu'ils n'ont pas été possédés par violence, et quelle que soit d'ailleurs la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui les ont vendus ou donnés ([3]). Ainsi, hors le cas où la possession a été envahie de force, la prescription *longi temporis* s'accomplit par dix ou vingt ans au profit du possesseur de bonne foi, malgré la mauvaise foi de ses auteurs (*a*).

§ VIII.

465. L'obstacle résultant soit du vol, soit de la violence, cesse lorsque la chose revient en la possession, non pas précisément de ceux qui ont été volés ou expulsés, mais du propriétaire ([4]) : alors en effet le vice est purgé, l'usucapion redevient possible. Mais pour qui? Ce n'est pas à coup sûr pour le propriétaire qui recouvre la possession; c'est donc pour ceux qui posséderont de bonne foi, sans le consentement de ce dernier, et sans nouveau fait de vol ou de violence. Ainsi, pour savoir si une chose est susceptible d'usucapion, il faut examiner, non pas uniquement si elle a été volée ou possédée par violence dans un temps quelconque, mais si elle l'a été depuis la dernière fois que le maître en a recouvré la possession.

La chose revient au pouvoir du propriétaire, et l'obstacle est

([1]) § 5, *h. t.; Gaius*, 2 *inst.* 50; *fr.* 37, *de usurp.* — ([2]) *Gell.* 11 *noct. att.* 18. — ([3]) *Text. hic; Gaius, fr.* 37, § 1; *fr.* 38, *de usurp.* — ([4]) *Paul. fr.* 4, § 6, *de usurp.*

(*a*) D'après la nouvelle 119 (*chap.* 7), la bonne foi du possesseur ne suffit plus; il faut que son auteur ait été lui-même de bonne foi, ou du moins que le véritable maître ait eu connaissance de son droit et du fait qui a transféré la possession à un tiers. Autrement le possesseur, malgré sa bonne foi, ne prescrira que par trente ans.

levé, lorsqu'il reprend possession de la chose comme sienne, et sachant qu'elle a été volée. Il en serait autrement, si, dans l'ignorance du vol, le maître achetait sa propre chose [1].

§ IX.

466. Le fisc, c'est-à-dire le trésor du prince, distinct sous les premiers empereurs du trésor public, *ærarium*, et ensuite confondu avec ce dernier [2], le fisc, dis-je, a, entre autres priviléges, celui de ne jamais perdre par usucapion les choses qui lui appartiennent [3]. Le même privilége appartient d'ailleurs au peuple [4].

Les biens vacants, c'est-à-dire ceux des personnes décédées sans successeurs, appartiennent au fisc (*a*) ; ils lui sont acquis de droit, même avant d'avoir été déclarés [5]; mais jusque-là cependant ils sont encore susceptibles d'usucapion [6].

§ X.

467. On appelle vice, dans la matière qui nous occupe, tout obstacle qui empêche l'usucapion de s'accomplir. Les choses vicieuses sont celles dont l'usucapion est prohibée, soit à raison de l'objet même, comme dans les cas de vol ou de violence, soit à raison d'un privilége accordé au propriétaire, et par exemple au fisc [7].

Dans ce sens, et parce que l'usucapion est une sorte d'aliénation tacite, on doit regarder comme vicieux tout objet dont l'aliénation est prohibée, notamment les biens appartenant au peuple ou aux cités [8], et le fonds dotal qui cependant peut être acquis *per longum tempus*, lorsque la prescription a commencé avant la constitution de la dot [9]. Les pupilles, incapables de rien aliéner sans autorisation [502], ne craignent point l'usucapion, si l'on s'en rapporte à une décision [10] démentie

(1) *Paul. d. fr.* 4, § 12, *de usurp.* — (2) § 14, *h. t.* — (3) *Text. hic; Alex. C.* 2, *commun. de usucap.* — (4) *Gaius, fr.* 9, *de usurp.* — (5) *Callistr. fr.* 1, § 1, *de jur. fisc.* — (6) *Text. hic; fr.* 18, *de usurp.* — (7) *Pomp. fr.* 24, § 1, *de usurp.* — (8) *Gaius, fr.* 9, *de usurp.* — (9) *Tryph. fr.* 16, *de fund. dot.* — (10) *Paul. fr.* 48, *de adq. rer. dom.*

(*a*) Les biens vacants ont été attribués au peuple par la loi Julia [151], l'une des lois caducaires (*Ulp.* 28 *reg.* 7); mais les textes du Digeste supposent toujours qu'ils appartiennent au fisc (*Pomp. fr.* 18, *de usurp.*). On peut supposer que les biens vacants, primitivement attribués au peuple, comme les *caduca*, ont suivi la

par plusieurs autres (*a*). Quoi qu'il en soit, on ne compte pour la possession *longi temporis* ni les années qui précèdent la majorité du propriétaire, ni le temps pendant lequel il a été absent ou prisonnier de guerre (1). A cet égard, la prescription était moins rigoureuse que l'usucapion.

§ XI.

468. Comme la transmission de propriété suppose certaines conditions dans celui qui livre la chose, et d'autres conditions dans celui qui la reçoit, l'usucapion vient au secours du possesseur qui s'est trompé sur les premières, lorsque lui-même a rempli les secondes.

Pour transférer la propriété, il faut avoir le droit d'aliéner, soit comme propriétaire, soit en quelque autre qualité, par exemple, comme créancier gagiste [507, 508]; et c'est relativement à ce droit même que le possesseur est de bonne foi, lorsqu'il tient la chose d'une personne qu'il croit propriétaire (2), ou plus exactement, capable d'aliéner (3), pourvu que son erreur porte sur un fait; car l'erreur de droit ne profite à personne pour acquérir (4). Ainsi, par exemple, ceux qui, connaissant l'âge d'un pupille, le supposent capable d'aliéner sans autorisation, ou se contentent d'une autorisation irrégulière, sont dans une erreur de droit qui empêche l'usucapion (5), tandis qu'il y a simplement erreur de fait, lorsque je me trompe sur la personne du propriétaire, ou sur l'âge d'un pupille que j'ai considéré comme pubère (6).

(1) *Diocl. et Max. C.* 3, 4 *et* 6, *quib. non obj. long.* — (2) *Text. hic;* § 35, *de div. rer.; Gaius,* 2 *inst.* 43; *fr.* 27, *de contrah. empt.* — (3) *Modest. fr.* 109, *de verb. signif.* — (4) *Pomp. fr.* 4; *Pap. fr.* 7 *et* 8, *de jur. et fact.* — (5) *Paul. fr.* 2, § 15, *pro empt.; fr.* 12 *et* 31, *de usurp.* — (6) *Paul. d. fr.* 2, § 15, *pro empt.*

---

condition de ces derniers, et sont devenus *res fisci* en vertu d'une constitution d'Antonin Caracalla, par suite de laquelle *omnia caduca fisco vindicantur* [751].

(*a*) Paul (*fr.* 48, *de adq. rer. dom.*) ne s'occupe des pupilles qu'incidemment et par forme d'exemple, ce qui rend l'interpolation très facile : on a pu écrire PUPILLI en place de PUBLICA qui, d'après les Basiliques, se trouve dans l'original. Cujas (24 *observ.* 14) fait remarquer que Paul parle d'un terrain, tandis que tous les autres textes (*Julian. fr.* 7, § 3, *pro empt.; fr.* 56, § 4, *de furt.; Paul. fr.* 4, § 11, *de usuc.*) s'appliquent à des objets volés, et par conséquent à des meubles. Cujas en conclut que l'usucapion des meubles était admise et celle des immeubles prohibée. Cette question est assez importante pour avoir été tranchée par des décisions positives, et je m'étonne qu'il n'en subsiste aucune. L'absence de ces décisions, qui ne peut pas être un effet du hasard, me fait croire à une altération du texte de Paul (*d. fr.* 48).

469. Pour apprécier la bonne foi, on se reporte à l'époque où la possession a commencé, sans examiner le moment du contrat qui, par lui-même, ne donne jamais la propriété. Quiconque s'est obligé à transférer la chose d'autrui la transfère effectivement, lorsqu'au moment de la tradition, il se trouve lui-même propriétaire ou autorisé par ceux à qui la chose appartient ([1]). C'est donc au moment de la tradition que doit exister la bonne foi du possesseur (*a*), et il importe peu que son erreur continue; car s'il cesse de faire les fruits siens, dès qu'il devient de mauvaise foi, il ne cesse pas pour cela d'usucaper ([2]).

470. La tradition, lors même qu'elle est faite par une personne capable d'aliéner, n'a pas toujours pour but de transférer la propriété. Aussi le possesseur devra-t-il prouver qu'en recevant la chose, il se trouvait dans un des cas où la tradition transporte le *dominium*, ou, en d'autres termes, qu'elle a été faite *ex justa causa* ([3]).

Ainsi, pour usucaper, il faut détenir, non comme dépositaire, usufruitier ou créancier gagiste, etc. ([4]), mais comme donataire, comme acheteur, comme légataire, ou en toute autre qualité semblable, qualité qui constitue le titre du possesseur ([5]). C'est ainsi qu'un mari et un créancier possèdent, l'un *pro dote*, l'autre *pro soluto*, les objets que le premier a reçus en dot, et le second en paiement; et parce que les objets abandonnés par leur maître sont acquis au premier occupant [398], celui-ci possédera et usucapera *pro derelicto* les objets abandonnés par une personne à laquelle ils n'appartenaient pas ([6]); tandis que les objets perdus, n'étant pas susceptibles d'être acquis par occupation [399], ne le seront pas davantage par usucapion ([7]).

471. Cette *justa causa*, qui constitue la qualité ou le titre du possesseur, n'est pas, comme le pouvoir d'aliéner, un fait étranger à celui qui veut acquérir. Aussi ne se contente-t-on plus, à cet égard, de l'opinion qu'il pourrait avoir. Nul ne peut usuca-

([1]) *Paul. fr.* 44, § 1, *de usurp.*— ([2]) *Paul. fr.* 48, § 1, *de adq. rer. dom.*— ([3]) *Text. hic*; § 35, *de div. rer.* —([4]) *Paul. fr.* 13, *de usurp.*; *Diocl. et Max. C.* 8, *de usufr.* — ([5]) *Justus titulus*, V. *Ulp. fr.* 1, *pro dot.*; *Diocl. et Max. C.* 24, *de rei vind.* — ([6]) V. *Paul. fr.* 2, *pro suo.* — ([7]) *Javol. fr.* 21, §§ 1 et 2, *de adq. vel amitt. poss.*

(*a*) *Paul. fr.* 15, § 3, *de usurp.* Une exception particulière au cas de vente exige que l'acheteur ait été de bonne foi aux deux époques du contrat et de la tradition (*Paul. fr.* 2, *pro empt.*).

per comme acheteur, comme donataire, etc., ce qu'on ne lui a pas réellement vendu ou donné. C'est en ce sens que l'on dit ici : *error falsæ causæ usucapionem non parit.*

Cependant on a longuement discuté sur cette règle même, et après avoir beaucoup varié (*a*), les jurisconsultes romains en ont limité l'application aux personnes dont l'erreur n'admet point d'explication plausible, par exemple, si je croyais avoir acheté moi-même ce qu'on ne m'a point vendu ; mais il en est autrement de la vente que je croirais avoir été faite à mon esclave, à mon procureur, ou au défunt dont je suis héritier (1). En effet, on peut admettre, sur le fait d'autrui, la possibilité d'une erreur qui serait inadmissible sur un fait personnel (2).

472. Dans ce cas et autres semblables, la cause qui suffit à l'usucapion se trouve dans la personne du possesseur (3), c'est-à-dire dans son opinion ; ainsi l'erreur d'un possesseur, qui a des motifs plausibles pour se croire propriétaire, est une cause d'usucapion : *quod, cum quis suum esse existimaret, possederit, usucapiet* (4) ; en sorte que, dans ce système, la bonne foi se confondrait avec la *justa causa*, si, comme on le dit communément (5), la première consistait à se croire propriétaire [468].

473. Jusqu'ici nous avons parlé des choses qu'un particulier livre à un autre. Souvent aussi la possession accordée par les magistrats [907, 984] devient une juste cause d'usucapion, *juste possidet qui prætore auctore possidet* (6) ; et parce que leur au-

(1) *Afric. fr.* 11, *pro empt.* — (2) *Nerat. fr.* 5, § 1, *pro suo.* — (3) *Paul. fr.* 4, *pro legat.* — (4) *Nerat. d. fr.* 5, § 1, *pro suo.* — (5) *Heinecc.*, *elem. jur.* §§ 876 *et* 442 ; *Vinnius*, *pr.*, *h. t.*; *Pothier*, 41, *Pand. just.* 3, n° 77. — (6) *Paul. fr.* 11, *de adq. vel amitt. poss.* V. *fr.* 5, *de damn. infect.*

(*a*) *Post magnas varietates obtinuit* (*Hermog. fr.* 9, *pro legat.*; V. *fr.* 46, *de usurp.*). Outre Nératius (*fr.* 5, § 1, *pro suo*) et Africain (*fr.* 11, *pro empt.*), voyez dans le même sens Paul (*fr.* 13, § 1, *de usurp.*; *fr.* 2, § 16, *pro empt.*; *fr.* 4, *pro legat.*), Proculus (*fr.* 67, *de jur. dot.*), Pomponius (*fr.* 3; *fr.* 4, § 2, *pro suo*) et Papinien (*fragm. vatic.*, § 296) ; et dans le sens opposé, Ulpien (*fr.* 27, *de usurp.*; *fr.* 1, §§ 3 *et* 4, *pro dot.*), Paul. (*fr.* 48, *de usurp.*; *fr.* 1, *pro donat.*; *fr.* 2, *pro empt.*; *fr.* 2, *pro legat.*), Papinien (*fr.* 3, *eod.*) et Julien (*fr.* 1, *pro derel.*). Ainsi plusieurs jurisconsultes semblent démentir eux-mêmes leur propre doctrine ; il faut donc supposer que les textes ont été altérés. Quoi qu'il en soit, il est très difficile de savoir quel parti Justinien préfère, à moins de s'en tenir aux décisions contenues dans les Institutes et dans le Code, qui toutes semblent se rattacher rigoureusement à la règle, *error falsæ causæ*, etc. (*text. hic*; V. *Diocl. et Max. C.* 24, *de rei vind.*; *C.* 22, *famil. ercisc.*; *C.* 3, *de usuc. pro donat.*; *C.* 5. *de præscript. long. temp.*)

torité n'est douteuse pour personne, on ne distingue plus alors ni bonne ni mauvaise foi.

§ XII.

474. Pour acquérir l'usucapion ou la prescription, il faut posséder (*a*).

La possession ne produit son effet qu'après avoir continué sans interruption pendant le temps fixé. Il y a interruption lorsqu'on cesse réellement d'avoir en sa puissance la chose que l'on détenait par soi-même ou par autrui, notamment lorsqu'on est dépouillé ou expulsé ([1]). La captivité du possesseur forme également une interruption que ne répare point le retour du prisonnier ; car la fiction du *postliminium*, qui le rétablit dans ses droits, n'a aucun effet sur la possession et sur sa continuité, qui sont choses de fait ([2]).

475. La revendication intentée contre le possesseur n'empêche pas qu'il ne détienne réellement la chose ; néanmoins l'instance produit une interruption civile ou fictive à l'égard de la prescription qui cesse de courir contre le demandeur ([3]). L'usucapion, au contraire, continue pendant les délais de l'instance ([4]) ; mais le possesseur devenu propriétaire doit retransférer la propriété acquise pendant le cours du procès ([5]).

L'interruption de l'usucapion se nomme USURPATIO, du mot USURPARE, qui, en jurisprudence, signifie retenir et conserver par l'usage, c'est-à-dire par la possession, et conséquemment empêcher l'usucapion au profit d'un autre (*b*).

476. Abordons maintenant la question qui forme l'objet spécial de ce paragraphe.

La possession doit être continue ; mais il n'est pas absolu-

([1]) *Gaius, fr.* 5, *de usurp.* — ([2]) *Paul. fr.* 15, *eod.; fr.* 1, § 3, *de adq. vel amitt. poss.; Ulp. fr.* 23, § 1, *ex quib. caus. maj.* — ([3]) *Sever. et Ant.; Diocl. et Max. C.* 1, 2 *et* 10, *de præscr. long. temp.* — ([4]) *Paul. fr.* 2, § 21, *pro empt.; Marcell. fr.* 2, *pro don.* — ([5]) § 3, *de offic. jud.*

(*a*) Nous distinguerons plus loin les différentes espèces de possessions [1361] : quant à présent, et pour éviter plusieurs équivoques, il suffira d'observer que la possession dont nous parlons ici, celle qui produit l'usucapion et la prescription, se nomme souvent possession civile, à cause des effets particuliers que le droit civil lui attribue, et par opposition à plusieurs autres possessions dites naturelles.

(*b*) En littérature, USURPARE se prend dans le même sens que notre adjectif *usité* pour indiquer le fréquent usage de telle ou telle locution (*Paul. fr.* 2, *de usurp.; Cuj., ibid.*).

ment nécessaire qu'une seule et même personne possède pendant toute la durée de l'usucapion. Nous pouvons quelquefois compter à notre profit le temps pendant lequel un autre a possédé [1].

D'abord il est certains successeurs qui, en prenant la place d'un défunt, le représentent de manière à ne former avec lui qu'une seule personne. Tels sont l'héritier et le *bonorum possessor* [2]. Aussi ne commencent-ils pas une possession nouvelle; ils n'ont que la possession de leur auteur, qui se continue en eux (*heredi continuatur*), lorsqu'elle n'a point été interrompue en passant, depuis le décès, dans les mains d'un tiers [3]. Puisqu'il n'existe pour le défunt et pour ses héritiers qu'une seule possession, et puisque c'est au commencement de la possession qu'on examine la bonne foi [469], il en résulte que la mauvaise foi du premier nuit aux seconds, lors même qu'ils sont de bonne foi; et réciproquement, que la possession utilement commencée par le défunt continue de profiter aux héritiers, malgré leur mauvaise foi, comme elle aurait profité au défunt, même après la cessation de sa bonne foi.

477. Ces principes étaient communs à l'usucapion et à la possession *longi temporis* [4], que notre texte nomme DIUTINA POSSESSIO. L'empereur, qui les reproduit spécialement pour les immeubles (*prædium*), nous avertit que, d'après sa constitution, les mêmes règles s'étendent à l'usucapion, c'est-à-dire à l'usucapion modifiée qui conserve son nom lorsqu'on l'applique aux meubles; aussi Justinien [5] décide-t-il expressément que la possession des meubles utilement commencée par le défunt, même à titre lucratif, continue pour ses successeurs, malgré leur mauvaise foi.

§ XIII.

478. Du vendeur à l'acheteur il peut y avoir, sinon continuation d'une même possession, du moins jonction de deux possessions (*conjungi tempora*). En effet, l'acheteur ne continue pas la personne du vendeur; la vente est pour le premier la cause d'une nouvelle tradition, laquelle fait commencer une

(1) *Scævol. fr. 14, de div. temp. præscr.* — (2) *Ulp. fr. 59, de reg. jur.* — (3) *Javol. fr. 20, de usurp.* — (4) *Paul. fr. 2, § 19, pro empt.; Pap. fr. 11, de div. temp. præscript.* — (5) *C. de usucap. transf.*

possession qu'il faut apprécier en elle-même et indépendamment de celle du vendeur. Ainsi l'ignorance de celui-ci n'excusera pas la mauvaise foi de l'acheteur (1); et réciproquement, la mauvaise foi du vendeur n'empêche pas que le nouveau possesseur ne commence de son chef une possession utile (2) : en un mot, il y a ici deux possessions qui peuvent ou se réunir ou rester séparées.

479. Elles se joignent lorsque chacune d'elles a commencé utilement; et cette faculté de joindre à sa propre possession celle de son auteur, profite non seulement aux acheteurs, mais encore aux donataires, légataires et autres successeurs particuliers (3).

On appelle en général auteur celui qui a transmis la chose, et successeur celui à qui elle est transmise. Aux successeurs particuliers dont parle notre texte, on oppose les successeurs universels dont il est question dans le paragraphe précédent.

§ XIV.

480. D'après une constitution de Marc-Aurèle (4), la vente et la tradition de la chose d'autrui, consentie par le fisc, ont un effet particulier; car, sauf le cas où cette chose appartiendrait à un mineur de vingt-cinq ans, l'acheteur peut, après cinq ans de possession, repousser par voie d'exception la revendication du propriétaire. Un semblable privilége n'en serait pas un pour le possesseur, qui pourrait usucaper par un délai beaucoup plus court. La constitution de Marc-Aurèle ne pouvait donc réellement profiter aux acheteurs que pour les objets non susceptibles d'usucapion, par exemple, pour les choses furtives (5).

La tradition de la chose d'autrui par le fisc produit sous Zénon des effets plus étendus. Elle ne donne plus simplement une exception contre l'action du propriétaire ou des créanciers hypothécaires; elle transmet avec la possession même, et sans délai, non plus à l'acheteur exclusivement, mais à tout acquéreur, et au donataire même, une véritable propriété, libre de toute hypothèque, sauf le recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires, contre le trésor public (*sacratissimum æra-*

(1) *Paul. fr.* 2, § 17, *pro empt.* — (2) *Ulp. fr.* 5, *de div. temp. præscr.* — (3) *Ulp. d. fr.* 5, *eod.*; *fr.* 13, §§ 8, 10 *et* 12, *de adq. vel amitt. poss.* — (4) *Text. hic.* V. *Diocl. et Max. C.* 3, *si advers. fisc.* — (5) *Theoph., hic.*

rium, pendant cinq ans seulement ([1]). Les priviléges du fisc, depuis longtemps confondu avec le trésor public, s'appliquent à la maison particulière de l'empereur et de l'impératrice ([2]). Justinien fait ici une application expresse de cette règle ([3]).

481. Il existe encore plusieurs prescriptions, et entre autres une prescription de trente ans fort célèbre. Justinien n'en parle pas dans ce titre, et avec raison, puisque ces prescriptions ne transfèrent point la propriété, ainsi que nous le verrons plus loin [1315].

([1]) *Justin. C.* 3, *de quadr. præscr.* — ([2]) *Ulp. fr.* 6, § 1, *de jur. fisc.*; *fr.* 31, *de legib.* — ([3]) *Text. in fin.*; *d. C.* 3; *de quadr. præscript.*

TITRE VII.

DES DONATIONS.

La donation est encore un autre genre d'acquisition. Or il y a deux sortes de donations, l'une à cause de mort, l'autre sans cause de mort.

1. La donation à cause de mort se fait dans la prévoyance de la mort, lorsqu'on donne avec cette intention que la chose reste au donataire, si le donateur succombe; et au contraire que celui-ci la reprenne s'il échappe au danger, s'il se repent d'avoir donné ou si le donataire prédécède. Ces donations à cause de mort ont été complétement assimilées aux legs.

En effet, les jurisconsultes étaient indécis sur la nature d'une disposition qui réunit des caractères particuliers soit aux donations, soit aux legs, et comme ceux-ci la rangeaient dans une classe, ceux-là dans une autre, nous avons décidé qu'elle serait presque entièrement assimilée aux

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera, mortis causa, et non mortis causa.

1. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : cum quis ita donat ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia.

Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connu-

meretur, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit.

Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat; magisque eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo :

legs, et soumise aux formes déterminées par notre constitution.

En résumé, la donation est à cause de mort, lorsque le donateur, se préférant au donataire, préfère le donataire à son héritier. Telle est, dans Homère, la donation que Télémaque fait à Pirée.

Πείραι', οὐ γάρ τ'ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα,
Εἴκεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ'ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Nul ne peut du destin pénétrer les arrêts;
Et si je dois tomber en des piéges secrets,
Pirée, au lieu de voir les trésors de mon père
Livrés aux prétendants que poursuit ma colère,
Je te les donne, ami. Mais, si les Dieux vengeurs
Punissent par mon bras ces lâches séducteurs,
Tu me rendras alors, en partageant ma joie,
Les biens dont ces tyrans faisaient déjà leur proie.

2. Aliæ autem donationes sunt quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis : quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt.

Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis ne-

2. Les autres donations qui se font sans aucune prévoyance de la mort se nomment donations entre-vifs; elles n'ont aucun rapport avec les legs, et une fois faites, elles ne sont plus révocables au gré du donateur.

Elles sont faites dès que le donateur a manifesté sa volonté par écrit, ou sans écrit; et, à l'exemple de la vente, elles produisent par elles-mêmes, d'après notre constitution, obligation de livrer : ainsi elles ont, indépendamment de toute tradition, leur pleine et entière validité, et obligent le donateur à livrer. Nos prédé-

cesseurs avaient ordonné que ces donations seraient insinuées dans les actes publics lorsqu'elles excéderaient deux cents solides; mais notre constitution élève à cinq cents solides le taux des donations qui seront valables même sans insinuation. Elle a même dispensé de toute insinuation certaines donations qui ont par elles-mêmes toute validité. Pour faciliter l'effet des donations, nous avons aussi introduit plusieurs autres dispositions, qu'on trouvera dans les constitutions données par nous sur cet objet. Quelque parfaite que soit une donation, on saura cependant que si le donataire se montre ingrat, nous avons autorisé le donateur à la révoquer pour certaines causes, afin qu'après avoir transféré son bien à d'autres, il n'éprouve point de leur part les injures ou les dommages prévus par notre constitution.

cessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; sed et quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus; quæ omnia ex nostris constitutionibus quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen quod, et si plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstavimus certis ex causis eas revocare : ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

3. Il est encore une autre espèce de donations entre-vifs, entièrement inconnue aux anciens jurisconsultes, mais introduite par les derniers princes. Cette donation s'appelait anténuptiale, et d'après une condition tacite tenant à sa nature même, elle ne devenait parfaite que par la réalisation du mariage. On l'appelait anténuptiale, parce qu'elle précédait le mariage et ne se faisait jamais après la célébration des noces. Mais comme il avait été permis d'augmenter la dot pendant le mariage, l'empereur Justin, notre père, a permis le premier que dans le cas où la dot serait ainsi augmentée, on pût aussi augmenter pendant le mariage la donation anténuptiale. Toutefois elle conservait une dénomination impropre, puisqu'elle s'appelait anténuptiale et admettait après les noces l'augmentation dont nous avons parlé. Pour nous, désirant sanctionner un système plus complet et

3. * Est et aliud genus inter vives * donationum, quod veteribus quidem * prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus * divis principibus introductum est; * quod ante nuptias vocabatur, et * tacitam in se conditionem habebat * ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum. Ideoque * ante nuptias appellabatur, quod * ante matrimonium efficiebatur, et * nunquam post nuptias celebratas * talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater * noster, cum augeri dotes et post * nuptias fuerat permissum, si quid * tale eveniret, etiam ante nuptias * augeri donationem constante ma- * trimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconve- * niens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nup-

* tias autem tale accipiebat incre- * mentum.* Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur sed etiam fiunt, ita et istæ donationes quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur et constituantur.

approprier les noms aux choses, nous avons voulu que ces donations pussent, non seulement s'augmenter, mais aussi commencer pendant le mariage, qu'elles ne s'appelleront plus *ante nuptias*, mais *propter nuptias*, et seront assimilées aux dots en ce sens que, comme la dot s'augmente et même se constitue pendant le mariage, les donations dont il s'agit, intervenant à l'occasion des noces, pourront non seulement être faites avant le mariage, mais encore être augmentées ou constituées après le mariage contracté.

4. Erat olim et alius modus civilis adquisitionis per jus adcrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit vel vindicta vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur et socio adcrescebat.

4. Il existait encore autrefois un autre mode d'acquisition civile par droit d'accroissement, c'est-à-dire, lorsqu'une personne, ayant un esclave commun entre elle et Titius, lui avait seule conféré la liberté, soit par la vindicte, soit par testament. Dans ce cas, sa part était perdue et accroissait à l'autre propriétaire.

Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum adcrescere, hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur: libertate cum effectu procedente (cujus favore et antiquos legislatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est), et eo qui eam imposuit suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii quod nos definivimus, accipiente.

Toutefois, comme il était du plus mauvais exemple que l'esclave fût privé de la liberté, qu'un des maîtres fût dépouillé par son humanité et l'autre enrichi par sa sévérité, nous avons cru devoir remédier à un abus aussi odieux. Nous avons trouvé moyen d'étendre notre bienfait sur l'affranchissant, sur son copropriétaire et sur l'esclave qui reçoit la liberté: ainsi l'affranchissement, dont la faveur a souvent déterminé les anciens législateurs contre les règles du droit commun, produira son effet; celui qui l'a donné verra son bienfait maintenu, et son copropriétaire sera indemnisé et recevra, en proportion de sa part dans la propriété, la valeur de l'esclave, telle que nous l'avons fixée.

EXPLICATION.

PR.

482. La donation que Justinien présente ici comme un genre d'acquisition particulier (*genus adquisitionis*) n'est pas une manière d'acquérir, mais la conséquence d'une aliénation qui s'opère conformément aux règles générales [485]; et c'est en remontant à la cause ou au but de chaque aliénation que l'on distingue de toute autre celle que nous appelons ici donation, parce qu'on la fait sans y être obligé, par un motif de pure libéralité [1]. Effectivement, l'étymologie du mot donation, *dono datum* [2], en indique le sens : elle explique à la fois la dation (*datum*) ou le fait translatif de propriété, et le don (*donum*), ou la libéralité qui caractérise spécialement cette transmission.

On peut donc, comme l'a fait Pérèze, définir la donation proprement dite en deux mots : DONI DATIO. En effet, DARE, dans la langue du droit, signifie transférer la propriété [3]; et néanmoins le mot *donatio* se prend aussi dans un sens plus large, comme nous le verrons sur le § 2.

483. Dans le Bas-Empire et dès le règne de Constantin, la donation prend un caractère spécial. Ce n'est plus un acte privé, une aliénation régie par les principes ordinaires. Pour éviter des difficultés et même des fraudes trop fréquentes [4], on exige que la volonté des parties soit exprimée, et la tradition faite avec plusieurs solennités qui garantissent l'authenticité et la publicité des donations. Ainsi la convention doit être connue de plusieurs personnes, et rédigée par écrit; le donateur doit se dessaisir de la chose, en présence des voisins et de plusieurs témoins appelés pour certifier le fait de la tradition ; enfin les donations qui excèdent une certaine valeur doivent être insinuées sous peine de nullité, c'est-à-dire que, soit avant, soit après la tradition, l'écrit constatant la libéralité doit être rendu public et relaté parmi les actes du magistrat compétent [5].

484. Ces règles étaient communes à toutes les donations,

(1) *Pap. fr.* 29, *h. t.*; *fr.* 82, *de reg. jur.* — (2) *Paul. fr.* 35, § 1, *de mort. caus. don.* — (3) § 14, *de action.* — (4) *Constant. C.* 27, *h. t.* — (5) *Constant. C.* 1, 2 *et* 5; *Constant. et Const. C.* 6; *Honor. et Theod. C.* 8, § 1, *C. Th.*, *de don.* V. *fragment. vatic.*, § 249.

c'est-à-dire à plusieurs sortes de libéralités, dont chacune a son caractère particulier. Il importe donc de distinguer d'abord la donation entre-vifs et la donation à cause de mort (1). Effectivement, on donne en transférant immédiatement la propriété, et sans aucune intention de reprendre jamais la chose ; telle est la donation proprement dite, ou donation entre-vifs. On donne pour que la propriété soit transférée, non pas de suite, mais lorsque tel ou tel événement arrivera ; dans ce cas la donation suspendue par une condition n'existe point encore. Enfin on donne en transférant immédiatement la propriété, mais pour la reprendre dans tel ou tel cas particulier ; et ici la donation subsiste jusqu'à l'événement de la condition qui doit la résoudre. C'est dans cette dernière classe que rentre le plus ordinairement [488, 489] la donation à cause de mort (2).

§ II.

485. Dans la donation proprement dite ou donation entre-vifs, le donateur, ainsi que nous venons de le voir, aliène la chose sans aucune intention de jamais la reprendre. Une fois faite, cette donation ne peut plus être révoquée, du moins par la seule volonté du donateur (*temere*) ; et sous ce rapport, elle diffère essentiellement du legs, qui ne produit aucun effet pendant la vie du testateur, et qui peut toujours être révoqué (3). Nous avons donc à examiner ici comment se fait la donation entre-vifs, et dans quel cas elle devient révocable.

La donation proprement dite n'est, ainsi qu'on l'a déjà vu, qu'une aliénation gratuite qui se faisait comme toute autre aliénation, c'est-à-dire, sous Justinien, par tradition (4), et antérieurement par mancipation ou *cessio in jure* lorsqu'il s'agissait de choses MANCIPI (5). Le mot donation, pris dans une autre acception, signifie aussi la promesse de donner, la libéralité convenue sans être encore réalisée, en d'autres termes l'obligation d'une personne qui s'est engagée à faire une dation gratuite. C'est de la donation entendue dans ce dernier sens que Justinien règle la forme en décidant qu'elle sera parfaite comme la vente (*ad exemplum venditionis*), dès que le donateur et, ce qui va sans dire, le donataire auront manifesté leur volonté par écrit

(1) *Text. hic ; Ulp. fr.* 67, § 1, *de verb. signif.* — (2) *Julian. fr.* 1, *h. t.* — (3) *Pr. et* § 1, *de adempt. legat.* — (4) § 40, *de div. rer.* — (5) *Constant. C.* 4, *C. Th., h. t.*

ou même sans écrit. Ainsi le donateur ne pourra plus se soustraire à l'effet d'une convention désormais obligatoire (*in se habere necessitatem traditionis*); tandis qu'auparavant la convention ne devenait obligatoire que par la stipulation, en sorte que la libéralité convenue par simple pacte restait sans force. Justinien veut que ce même pacte soit obligatoire (*a*), comme la vente, par le seul consentement des parties : ainsi, à défaut d'exécution volontaire (*etiam si non tradantur*), la convention aura par elle-même *plenissimum et perfectum robur*, c'est-à-dire la force qu'aurait pu lui donner la stipulation. Son effet sera comme celui d'une vente, non pas de transmettre la propriété, mais d'obliger le donateur à livrer la chose (*traditionis necessitas incumbat donatori*).

486. Justinien élève le taux qui rend l'insinuation nécessaire, en déclarant que désormais le défaut d'insinuation ne viciera les libéralités que pour l'excédant [1]. Il dispense même de toute insinuation les donations destinées au rachat des captifs ou à la reconstruction de bâtiments incendiés, et celles qui seront faites à l'empereur ou par l'empereur [2]. Enfin Justinien annonce sans les indiquer plusieurs dispositions prises *ad uberiorem donationum exitum :* ces paroles semblent se référer aux conséquences de la loi Cincia, dont nous parlerons plus loin [1339].

487. La donation entre-vifs devient révocable pour cause d'ingratitude (*b*), c'est-à-dire lorsque les donataires se rendent coupables d'injures graves et de mauvais traitements envers le donateur, lorsqu'ils lui causent un préjudice considérable dans sa fortune, et lorsqu'ils ne remplissent pas les charges de la donation. Dans ces différents cas même, la révocation n'a pas lieu pour les objets aliénés par le donataire avant la contestation, enfin l'action du donateur contre le donataire ingrat est telle-

(1) *C.* 34, *h. t.; nov.* 162, *cap.* 1. § *ult.* — (2) *C.* 34 *et* 36, *h. t.; nov.* 52, *cap.* 2.

(*a*) *Text. hic; C.* 35, § 5, *h. t.* Il l'était déjà relativement aux donations faites entre ascendants et descendants. Justinien ne fait ici que transformer en règle générale une exception introduite par Antonin le Pieux, et confirmée par Constantin (*C.* 4 *et* 5, *C. Th.*, *h. t.*)

(*b*) *C.* 10, *de revoc. don.* Avant Justinien, on révoquait déjà pour ingratitude les donations faites par un père à ses enfants (*Constant. et Const.*, *C.* 2, *C. Th.*, *eod.*). La mère n'avait le droit de révoquer que lorsqu'elle s'abstenait des secondes noces (*Constant. et Const.*, *C.* 7, *eod.; C.* 5, *C. Th.*, *eod.*), et dans ce cas même, la révocation n'était permise que pour moitié (*Constant. et Const.*, *C.* 1, *C. Th.*, *eod.*).

ment personnelle entre eux, qu'à moins d'avoir été intentée de leur vivant, elle ne peut, après le décès de l'un ou de l'autre, être exercée ni par ses héritiers, ni contre eux ([1]).

§ I.

488. La donation proprement dite reçoit immédiatement toute la perfection dont elle est susceptible, sans qu'on attende la mort d'aucune personne; aussi l'appelle-t-on donation entre-vifs, pour la distinguer d'une autre donation qu'on appelle *mortis causa*, parce qu'elle ne devient irrévocable qu'à la mort ([2]).

Cette mort est ordinairement celle du donateur, qui se réserve la faculté de révoquer pendant toute sa vie; aussi dit-on avec raison qu'en pareil cas le donateur est préféré au donataire, et le donataire aux héritiers du donateur ([3]). Cependant, comme tout dépend de l'intention des parties, la donation *mortis causa* peut être subordonnée au décès d'une tierce personne ([4]). Du reste, la mort, soit d'un tiers, soit du donateur lui-même, est une condition qui ne se prend pas toujours dans le même sens. Effectivement, on peut avoir en vue soit la mort dans l'acception générale, qui embrasse tous les genres de décès possibles, soit une mort accidentelle dans un danger prévu et indiqué ([5]). Enfin, la mort, considérée comme cause de la donation, peut l'être de deux manières, selon qu'elle doit ou réaliser une donation jusque-là laissée en suspens, ou exclure la révocation possible d'une donation existante. Dans le premier cas, la mort transfère au donataire la propriété qu'il n'avait pas encore; dans le second, elle consolide la propriété qu'il a reçue dès l'origine ([6]).

489. Les donations à cause de mort les plus fréquentes se font dans la vue d'un péril particulier, et en transférant immédiatement une chose que le donataire conservera si le donateur succombe, ou restituera dans le cas contraire. Telles sont les donations dont parle notre texte, et entre autres celles de Télémaque à Pyrée. D'après sa nature même, une semblable dona-

([1]) *Constant. C. 7, de rev. donat.* V. § 1, *de perp. et temp.* — ([2]) *Ulp. fr.* 32, *de mort. caus. don.* V. *Paul.* 3 *sent.* 7, § 2; *Julian. fr.* 1, *de don.* — ([3]) *Text. hic; Marcian. fr.* 1; *Paul. fr.* 35, § 2, *de mort. caus. don.* — ([4]) *Ulp. fr.* 11, *et* 18, *eod.; Diocl. et Max. C.* 3, *de don. mort. caus.* — ([5]) *Ulp., Paul. et Gaius, fr.* 2-6; *fr.* 31, § 2; *fr.* 35, § 4, *de mort. caus. don.* — ([6]) *Ulp. fr.* 2, *eod.*

tion se résout par cela seul que le donateur échappe au danger (*si supervixisset*), ou par le prédécès du donataire (*prior decesserit*). Enfin, le donateur peut changer de volonté, et, dans ce cas (*si eum donationis pœnituisset*), reprendre la chose ; mais à cet égard encore tout dépend de la volonté qu'il a manifestée en donnant, car il a pu limiter à son gré les cas de révocation, et tant qu'il en reste un seul, la donation est toujours à cause de mort. Il faut donner d'une manière absolument irrévocable, pour faire une donation entre-vifs ([1]).

490. Plus la donation entre-vifs et la donation à cause de mort diffèrent quant aux effets, plus il importe de distinguer quelle a été l'intention du donateur. En général, on est censé donner à cause de mort ce que l'on donne *propter mortis suspicionem*, et entre-vifs ce que l'on donne *sine ulla mortis cogitatione* ([2]). Du reste, cette indication, qui dans le doute fait présumer la volonté du donateur, ne prévaut jamais contre une volonté certaine; car nous l'avons déjà dit, ce qui caractérise la donation *mortis causa*, c'est son imperfection et sa révocabilité ; mais lorsqu'on donne pour ne jamais reprendre, la libéralité, quoique faite *in extremis vitæ*, ou qualifiée à cause de mort, constitue réellement une donation entre-vifs. Dans ce cas, la mort détermine à donner, mais elle ne fait pas la donation. *Causa donandi magis est, quam mortis causa donatio* ([3]).

491. La donation à cause de mort, par l'imperfection où elle reste pendant la vie du donateur, se rapproche beaucoup des legs : aussi a-t-elle plusieurs règles communes avec eux ([4]). Le donataire doit avoir la même capacité que le légataire ([5]), et comme les legs se prennent sur l'actif du défunt, dettes prélevées, pareillement le donataire n'obtient ou ne conserve pas la donation à cause de mort, lorsque le donateur meurt insolvable ([6]); dans tous les cas, on applique les dispositions de la loi Falcidie ([7]).

492. Cette assimilation incomplète (*per omnia fere*) des donations à cause de mort et des legs, laisse subsister entre eux d'importantes différences. Ainsi, la donation s'opère le plus souvent par une translation immédiate de la propriété, et il im-

([1]) *Julian. fr.* 13, § 1 ; *Paul. fr.* 35, § 4 ; *Marcian. fr.* 27, *eod.* — ([2]) § 2, *h. t.* — ([3]) *Marcian. fr.* 27 ; *Pap. fr.* 42, § 1, *eod.* — ([4]) *Ulp. fr.* 37, *de mort. caus. don.* — ([5]) *Paul. fr.* 9 *et* 35, *eod.* — ([6]) *Julian. fr.* 17, *eod.*; *Ulp. fr.* 66, § 1, *ad leg. falcid.* — ([7]) *Gord. fr.* 2, *de don. mort. caus.*

porte peu que le donateur ait fait, ou même ait été capable de faire un testament [1]. Le legs, au contraire, ne peut être fait que par un testateur, et ne produit jamais aucun effet de son vivant [2]. Le legs existe par la volonté d'une seule personne ; la donation, au contraire, exige le consentement du donateur et du donataire, et avant Justinien il fallait observer, pour donner à cause de mort, les mêmes solennités que pour donner entre-vifs [3]. C'est de là sans doute que naissaient les discussions que Justinien a voulu trancher en établissant que la donation à cause de mort peut se faire par écrit ou verbalement, et sans insinuation, mais en présence de cinq témoins [4].

493. Plusieurs donations faites sans intention de révoquer, et par conséquent entre-vifs, sont cependant assimilées, quant à leur effet, aux donations *mortis causa*.

Telles sont, entre époux, les donations qui enrichiraient le donataire en appauvrissant le donateur [5]. Elles ont été prohibées, et par conséquent frappées de nullité [6], jusqu'au sénatus-consulte proposé par Caracalla, du vivant même de Septime-Sévère, pour adoucir la rigueur de cette prohibition. En effet, l'époux donateur conserve le droit de révoquer ; mais ses héritiers ne peuvent reprendre une libéralité sur laquelle le défunt lui-même n'est pas revenu de son vivant [7].

Telles étaient aussi les donations dépassant le taux aujourd'hui inconnu qu'avait fixé la loi Cincia [1339].

Enfin, toutes les donations faites par un patron à son affranchi étaient révocables au gré et pendant toute la vie du donateur [8]. Constantin, statuant pour le cas où le patron qui n'avait pas d'enfant aurait donné à son affranchi la totalité ou une quote part de ses biens, décide que la survenance d'un enfant suffira pour opérer la révocation [9] : cela signifie sans doute que dans ce cas, l'intention de révoquer se présume, et par conséquent n'a pas besoin d'être exprimée (*a*).

(1) *Marcian. fr.* 25, *pr. et* § 1, *de mort. caus. don.* — (2) *Pr., de legat.;* § 10, *de fideic. hered.* — (3) *Constant. C.* 1, *C. Th., de donat.* — (4) *C.* 4, *de don. mort. caus.* (5) *Ulp. fr.* 5, § 16 ; *Terent. Clem. fr.* 25, *de don. inter vir. et uxor.* — (6) *Ulp. fr.* 1, § 3 ; *fr.* 3, *pr.*, §§ 10 *et* 11, *eod.* — (7) *Ulp. fr.* 32, *pr. et* § 2, *eod.* — (8) *Fragm. vatic.* § 272. — (9) *C.* 8, *de rev. don.*

(*a*) **La constitution qui déclarait la donation faite à un affranchi, par son patron révocable au gré de ce dernier, a été insérée par Justinien dans son code; mais**

§ III.

494. Ici se présente une espèce de donation particulière inconnue des anciens jurisconsultes, et introduite *a junioribus principibus.*

C'est une donation entre-vifs que la femme recevait de son futur mari, *ante nuptias*, pour sûreté de sa dot. En effet, la dot consiste en valeur ou en biens que la femme, ou toute autre personne, donne au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage. Le mari devient propriétaire de la dot [499], mais sauf restitution dans les cas prévus par la loi ou par la convention des parties. De son côté, le mari fait la donation dite *ante nuptias*, qui confère à la femme des avantages analogues à ceux que la constitution de dot procure au mari. Toutefois, pour ne pas annihiler, par une compensation trop complète, la jouissance des biens dotaux transférés au mari, il faut supposer que la femme ne jouira pas des biens donnés *ante nuptias;* mais, sauf cette différence, la dot et la donation sont assimilées, sous ce rapport que l'une et l'autre se restituent à la dissolution du mariage, et que si les conventions matrimoniales accordent au mari quelque gain de survie à retenir sur la dot, la femme survivante doit avoir sur la donation *ante nuptias* un avantage proportionnel. Ainsi, lorsqu'on stipulait en faveur du mari survivant le tiers ou le quart de la dot, il fallait stipuler au profit de la femme survivante le tiers ou le quart de la donation *ante nuptias*, et réciproquement (1). Justinien substitue à cette égalité relative une égalité absolue, en décidant que les époux stipuleront, non pas une portion, mais une valeur égale (2).

Cette donation *ante nuptias* ne produisait son effet qu'après le mariage dont elle dépendait comme d'une condition tacite, et néanmoins elle se faisait toujours avant les noces, comme son nom l'indique. Justin, prédécesseur de Justinien, voulut que dans le cas où l'on augmenterait la dot pendant le mariage,

(1) *Leo et Anthem. C. 9, de pact. conv.* — (2) *Nov. 97, cap. 1.*

---

avec une addition qui ne permet la révocation que dans le cas d'ingratitude (V. *C.l, de revoc. donat.*). Il en résulte que cette donation ne diffère plus en rien des autres donations entre-vifs, et cependant Justinien a conservé la constitution de Constantin.



on pût aussi augmenter la donation *ante nuptias*, et parce que la dot peut être constituée intégralement pendant le mariage, Justinien permet de faire cette donation après comme avant les noces. Aussi s'appellera-t-elle désormais *propter nuptias*.

495. Il faut éviter de confondre cette donation avec les donations entre fiancés, que l'on nomme *sponsalitia ;* elles étaient irrévocables à Rome, comme toute autre donation entre-vifs, lors même que le mariage ne se réalisait pas ; mais Constantin veut que, dans ce cas, la donation soit maintenue ou révoquée pour le tout ou pour partie, d'après plusieurs distinctions sur les causes qui ont rompu le mariage projeté ([1]).

§ IV.

496. Un homme ne peut pas vivre en partie esclave, en partie libre. Si donc un esclave appartenant à plusieurs maîtres est affranchi par l'un d'eux seulement, il faut qu'il devienne tout à fait libre ou qu'il reste tout à fait esclave. A Rome, le droit de propriété l'emportait sur la faveur de la liberté, et l'affranchi restait esclave; mais esclave de qui? On distinguait à cet égard si la manumission, en supposant que l'esclave appartînt en totalité au manumisseur, était de nature à le rendre Latin-Junien ou citoyen romain. Dans le premier cas, l'affranchissement n'avait aucun effet, et l'affranchi restait non seulement esclave, mais esclave des mêmes maîtres ; dans le second cas, auquel se réfère notre texte, puisqu'il suppose un affranchissement par vindicte ou par testament, la manumission solennelle, semblable sous ce rapport à la *cessio in jure*, qui, dans plusieurs cas, dépouille le cédant sans profiter au cessionnaire ([2]), la manumission, dis-je, suffisait, non pour libérer l'esclave, mais pour aliéner la propriété du manumisseur. Sa part se réunissait par droit d'accroissement à la part des autres maîtres ([3]).

La manumission conférée par le nu-propriétaire suffisait aussi pour dépouiller le manumisseur sans libérer l'affranchi. Ce dernier n'avait plus de maître, mais il restait esclave, *servus sine domino* ([4]).

([1]) *Const. C.* 15, *de donat. ante nupt.* — ([2]) *Gaius*, 2 *inst.* 35 *et* 36 ; *Ulp.* 19 *reg.* 14. V. *Pomp. fr.* 66; *de jur. dot.* — ([3]) *Text. hic ; Ulp.* 1 *reg.* 18 ; *Paul.* 4 *sent.* 12, § 1. — ([4]) *Ulp.* 1 *reg.* 19.

497. Sous Justinien, cette rigidité fait place à des dispositions plus équitables.

L'esclave affranchi par un de ses maîtres devient libre, et le manumisseur paie à son copropriétaire une indemnité dont le tarif a été réglé par Justinien ([1]).

L'esclave affranchi par le nu-propriétaire doit encore servir l'usufruitier jusqu'à l'extinction de l'usufruit, et cependant l'affranchi est libre : il acquiert pour lui-même, et sa mort, antérieure ou postérieure à celle de l'usufruitier, ouvre une véritable hérédité, comme l'ouvrirait la mort de toute autre personne *sui juris* ([2]). C'est en ce sens que, plus loin, en parlant des esclaves institués et conséquemment affranchis par leur maître, Justinien ([3]) dira que le testateur, en instituant les esclaves dont il n'a que la nue propriété, institue ses propres esclaves, et réciproquement qu'en instituant ceux dont il est usufruitier, le testateur institue les esclaves d'autrui. En effet, la manumission conférée par l'usufruitier ne donne point la liberté ; mais elle dispense l'affranchi de tout service, soit envers l'usufruitier, soit envers le nu-propriétaire, pendant la durée de l'usufruit ([4]).

([1]) *Text. hic; C. 1, pr., § 4, 5 et 7, de com. serv. manum.* — ([2]) *Justin. C. 1, commun. de manum.* — ([3]) *Pr. de hered. inst.* — ([4]) *Justin. d. C. 1, commun. de man.*

TITRE VIII.

QUI PEUT OU NE PEUT PAS ALIÉNER.

Il arrive quelquefois que le propriétaire ne puisse pas aliéner, et au contraire, que l'on puisse aliéner une chose dont on n'est pas propriétaire. Ainsi la loi Julia défend au mari d'aliéner, malgré la femme, l'immeuble dotal, quoiqu'il en soit propriétaire, l'ayant reçu à titre de dot. Pour nous, corrigeant la loi Julia, nous avons amélioré cette législation : en effet, comme la loi ne s'appliquait qu'aux biens d'Italie, et empêchait de les aliéner malgré la femme,

TITULUS VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit, et contra qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat : nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus : cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat quæ italicæ fuerant, et alie-

nationes inhibebat quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum etiam volente ea.

ou de les hypothéquer même avec son consentement.

Utrique remedium imposuimus, ut et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorùm neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

Nous avons corrigé l'une et l'autre décision, en prohibant, même à l'égard des biens provinciaux, l'aliénation et l'hypothèque. Elles ne pourront avoir lieu, même avec le consentement de la femme, afin que la faiblesse de son sexe ne tourne point à la ruine de son patrimoine.

1. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest; sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

1. En sens inverse, le créancier peut, lorsque telle est la convention, aliéner le gage, bien que la chose ne soit pas à lui. Cette aliénation du gage semble s'opérer ici par la volonté du débiteur, qui en contractant est convenu que le créancier pourrait vendre le gage à défaut de paiement.

Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti creditorum et debitorum satis abundeque provisum est.

Mais voulant conserver aux créanciers le libre exercice de leurs droits, sans que les débiteurs perdent trop aisément la propriété de leurs biens, nous y avons pourvu par une constitution, et avons fixé, pour procéder à la vente du gage, des règles qui garantissent amplement l'intérêt respectif des créanciers et des débiteurs.

2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque

2. Il faut avertir ici que le pupille ou la pupille ne peuvent rien aliéner sans autorisation de tuteur. Par conséquent, s'ils prêtent de l'argent sans avoir cette autorisation, ils n'obligent point l'emprunteur, parce que l'argent qu'ils lui remettent ne devient pas sa propriété. Aussi peuvent-

ils revendiquer les espèces partout où elles existent; mais si les espèces que le mineur a données en prêt ont été consommées de bonne foi par celui qui les a reçues, on peut agir par condiction, et, en cas de mauvaise foi, par l'action *ad exhibendum*. Au contraire, le pupille ou la pupille peuvent tout acquérir sans autorisation de tuteur : aussi lorsqu'un débiteur paie au pupille, l'autorisation du tuteur est-elle nécessaire; autrement le débiteur ne serait pas libéré.

nummi vindicari possunt, sicubi extent. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario, omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas : alioquin non liberabitur.

Voici encore un point que nous avons réglé de la manière la plus précise par une constitution adressée aux avocats de Césarée, sur la proposition de Tribonien, personnage éminent, questeur de notre palais impérial. Suivant cette constitution, les débiteurs du pupille ne pourront payer au tuteur ou curateur qu'après y avoir été autorisés par une sentence du juge, obtenue sans aucuns frais à ce moyen; la permission du juge, et le paiement ainsi effectué par le débiteur donneront à ce dernier la plus complète sécurité.

Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus : qua dispositum est ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat; quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas.

Si, au contraire, le paiement ne se fait pas comme nous l'avons ordonné, le pupille, en supposant qu'il ait conservé les espèces ou en soit devenu plus riche, et qu'il demande encore la même somme, pourra être repoussé par l'exception de dol; mais s'il a dissipé les espèces, si on les lui a volées, l'exception de dol sera inutile au débiteur; il n'en sera pas moins condamné pour avoir payé légèrement, sans autorisation de tu-

Sin autem aliter *quam disposuimus*, solutio facta fuerit; pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumpserit aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio; sed nihilominus damnabitur, quia temere sine tutoris auctoritate,

et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupillo vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis; cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

teur et sans observer notre règlement. D'un autre côté, le pupille ou la pupille ne peuvent payer sans autorisation du tuteur, parce qu'ils ne transfèrent pas la propriété des choses données en paiement, étant incapables de rien aliéner sans l'autorisation du tuteur.

EXPLICATION.

PR.

498. La tradition et presque toutes les autres manières d'acquérir ne nous rendent propriétaires que par translation, c'est-à-dire en dépouillant une personne du droit qu'elles transportent à une autre. Elles opèrent donc à la fois acquisition et aliénation. Nous avons déjà vu [389] qu'en général c'est au propriétaire, et au propriétaire seul, qu'appartient le pouvoir d'aliéner; mais cette règle reçoit exception en deux sens opposés, et d'abord en ce sens que certains propriétaires sont incapables d'aliéner. On donne ici pour premier exemple la défense faite au mari d'aliéner l'immeuble dotal.

499. Les biens dotaux sont au mari, par cela même qu'il les reçoit en dot, *dotis causa ei datum* (1); il pourrait donc les aliéner, si la loi Julia *de adulteriis* (2) n'avait pas restreint cette faculté, en défendant au mari d'aliéner, sans le consentement de son épouse, certains biens dotaux, c'est-à-dire les immeubles (*dotale prædium*) situés en Italie [454].

On n'aliène pas les choses qu'on hypothèque; néanmoins comme, à défaut de paiement, l'hypothèque ou le gage permettent au créancier d'aliéner lui-même la chose engagée [507], la loi Julia défendit également d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme (3). Ainsi l'hypothèque était plus sévèrement prohibée qu'une aliénation directe, dans la crainte sans doute que les femmes ne per-

(1) *Text. hic;* § 40, *de div. rer.; Gaius,* 2 *inst.* 63. — (2) *Paul.* 2 *sent.* 21, § 2. — (3) *Text. hic; Gaius, fr.* 4, *de fund. dot.*

missent plus facilement la première que la seconde. C'est ainsi que le sénatus-consulte Velléien, en leur laissant la liberté de donner, leur défendait de s'obliger pour autrui [1]. C'est ainsi pareillement que la loi Fusia Caninia permettait entre-vifs les affranchissements qu'elle prohibait par testament [96].

500. Les prohibitions précédentes ont pour but unique d'assurer la restitution du fonds dotal. Aussi l'aliénation ne sera-t-elle nulle qu'à l'égard de la femme, et dans le cas seulement où, après la dissolution du mariage, il faudra rendre, soit à elle, soit à ses héritiers, l'immeuble même [2]; car la femme peut avoir à reprendre la propriété des biens dotaux, ou une valeur pécuniaire dont le mari devient débiteur. En effet, on estime ordinairement les biens dotaux, et alors le choix entre l'immeuble et sa valeur estimative appartient, suivant les conventions, au mari ou à la femme; l'aliénation, permise dans le premier cas, serait interdite dans le second [3].

501. Ici comme précédemment [454], Justinien supprime toute différence entre l'Italie et les provinces. Il assimile aussi l'hypothèque et l'aliénation des immeubles dotaux. L'une et l'autre sont interdites, même avec le consentement de la femme, dans toute l'étendue de l'empire [4].

§ II.

502. Les pupilles qui ne s'obligent point sans l'autorisation de leur tuteur [265] ne peuvent rien aliéner sans cette même autorisation [5]. Ce principe va s'appliquer ici à trois objets différents, qui sont : 1° le prêt fait par le pupille ; 2° les paiements qu'il reçoit ; 3° les paiements qu'il fait.

Le prêt ou MUTUUM, et l'obligation qui en résulte, n'existent qu'à l'égard des choses dont la propriété est transférée à l'emprunteur (943).

Nul ne contracte cette obligation en recevant d'un pupille une somme d'argent, parce que ce dernier, ne pouvant pas aliéner sans l'autorisation de son tuteur [6], reste propriétaire des objets qu'il livre. Aussi revendiquera-t-il les écus qu'il a prêtés, tant qu'ils existeront et partout où ils existeront (*sicubi extent.*)

(1) *Ulp. fr.* 4, § 1, *ad. sc. vell.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 1 ; *fr.* 13, § 3 ; *Marcian. fr.* 17, *de fund. dot.* — (3) *Afric. fr.* 11, *de fund. dot.*; *Sever. et Ant. C.* 1, *eod.* — (4) *Text. hic* ; *C.* 1, § 15, *de rei uxor.* — (5) *Text. hic* ; *Gaius*, 2 *inst.* 80 *et* 84. — (6) *Text. hic.* V. *Paul. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.*

503. Si la somme vient à être consommée, la revendication est impossible ; mais ici comme précédemment [361], la chose *extincta* ou *consumpta* est due au pupille par celui qui l'a consommée : en effet, la consommation fait naître une obligation entre eux, précisément parce que la chose du premier a cessé de lui appartenir, et est venue par son fait enrichir le second. Le pupille agira donc par condiction contre ceux qui ont consommé de bonne foi (1).

Dans le cas contraire, la mauvaise foi du consommateur ne doit pas changer la position du pupille : aussi agira-t-il *ad exhibendum* (2), pour se faire représenter les écus comme s'il devait revendiquer ensuite la somme exhibée. Toutefois l'action *ad exhibendum* suffira, car le défendeur, étant par son dol dans l'impossibilité d'exhiber, subit une condamnation dont le montant est fixé par le *jusjurandum in litem* que le juge doit déférer au demandeur [1214].

504. L'impubère, qui ne peut rien aliéner, peut tout acquérir sans autorisation ; et conséquemment, ajoute notre texte, le paiement fait au pupille sans l'autorisation du tuteur ne libère pas le débiteur. En effet, si le pupille acquiert sans autorisation, c'est en ce sens qu'il acquiert sans aliéner : or un paiement reçu n'est pas une acquisition pure et simple ; le créancier qui le reçoit aliène sa créance en libérant son débiteur. L'autorisation du tuteur est donc indispensable, sinon pour acquérir au pupille les deniers qu'il reçoit, du moins pour libérer le débiteur qui n'entend pas faire un don (3).

Puisque le paiement fait au pupille non autorisé ne libère point le débiteur, ce dernier reste exposé à l'action du créancier. Il sera donc condamné à payer de nouveau la somme qu'il a déjà remise au pupille, et que celui-ci a perdue, soit par d'inutiles dépenses, soit en la laissant voler ou enlever par force ; mais il peut arriver aussi que le pupille ait conservé tout ou partie de la somme (*salvam habeat*), ou que par un utile emploi les fonds aient tourné à son profit (*ex ea locupletior sit*). Dans ce cas l'action du pupille tendrait évidemment à l'enrichir aux dépens d'autrui ; elle sera donc repoussée par l'exception de dol [371] que le débiteur opposera, non pour la totalité des

(1) *Julian. fr.* 19, § 1, *de reb. cred.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 11, § 2, *de reb. cred.* — (3) *Gaius*, 2 *inst.* 84.

sommes qu'il a payées, mais jusqu'à concurrence des valeurs dont le pupille se trouve plus riche à l'époque où il exerce son action (1).

505. Pour n'avoir pas cette chance à courir, pour éteindre l'obligation par le paiement même, le débiteur devra donc exiger l'autorisation du tuteur. Cette précaution semble même insuffisante, puisque, d'après Justinien (2), le paiement reçu par le tuteur ne donne pleine sécurité que lorsqu'il est fait avec la permission du juge. Il est constant que le paiement fait au tuteur ou avec son autorisation éteint l'obligation, en sorte que le pupille n'a plus d'action que contre son tuteur (3). Toutefois, si l'insolvabilité de ce dernier rendait cette action illusoire, le préteur accorderait au pupille la *restitutio in integrum* qu'il accorde à tous les mineurs de vingt-cinq ans lorsqu'ils éprouvent un préjudice (4), et, dans ce cas, l'obligation éteinte par le paiement renaîtrait par le secours du préteur (5); mais Justinien permet au débiteur d'éviter la *restitutio in integrum*, en payant avec la permission du juge. Ainsi l'autorisation du tuteur et la permission du juge sont nécessaires, l'une pour éteindre l'obligation, et l'autre pour donner au débiteur *plenissimam securitatem*, en empêchant la *restitutio in integrum* (*a*).

506. Pour payer il faut rendre le créancier propriétaire, et, par conséquent, aliéner l'objet donné en paiement (6). La même raison qui empêche le *mutuum* empêche aussi le paiement que voudrait faire le pupille. Dans les deux cas, il peut revendiquer sa chose ou agir *ad exhibendum* contre ceux qui l'auraient consommée de mauvaise foi [502, 503]; mais la consommation faite de bonne foi par le créancier libère le débiteur. Ici elle éteint la dette du pupille, comme précédemment [503] elle lui donnait une créance (7).

Les prodigues interdits, et les mineurs de vingt-cinq ans qui

(1) *Marcian. fr.* 47, *de solut.* — (2) *Text. hic*; *C.* 25, *de admin. tut.* — (3) *Paul. fr.* 46, § 5, *de admin. et peric. tut.* — (4) § 5, *de her. qualit.*; § 33, *de action.*, *Ulp. fr.* 49, *de minor.*; *Anton. C.* 2, *si tut. vel curat. interv.* — (5) *Diocl. et Max. C.* 1, *si advers. solut.* — (6) *Paul. fr.* 167, *de reg. jur.*; *fr.* 60; *fr.* 94, § 1, *de solut.* — (7) *Julian. fr.* 19, § 1, *de reb. cred.*; *Gaius, fr.* 9, § 2, *de auct. tut.*

(*a*) Ceux qui contractent avec les mineurs de vingt-cinq ans agissent librement, et n'ont aucun moyen de s'assurer à l'avance que le mineur n'obtiendra pas la *restitutio in integrum*. Le débiteur, au contraire, est forcé de payer. Il faut donc qu'il puisse payer avec toute sécurité, et Justinien lui en donne le moyen par une disposition exceptionnelle qui ne s'applique à aucun autre cas.



ont un curateur, sont également incapables d'aliéner, comme nous l'avons dit plus haut [283].

§ I.

507. Le principe que nul ne peut aliéner, si ce n'est le propriétaire, souffre exception à l'égard du créancier gagiste qui peut aliéner la chose par lui reçue en gage.

On suppose ici que le débiteur a permis l'aliénation, à défaut de paiement; mais cette hypothèse ne déroge point au principe, puisque l'aliénation a lieu d'après la volonté du propriétaire; volonté qui suffit toujours [392], soit que le débiteur ait consenti en constituant le gage, ou même après l'avoir constitué (1).

Le droit d'aliéner est pour le créancier une conséquence nécessaire du contrat de gage. Aussi peut-il vendre nonobstant toute convention contraire, sauf à ne vendre qu'après trois avertissements (2). Au reste, le débiteur et le créancier peuvent déterminer entre eux les formes de l'aliénation, et, à défaut de convention, Justinien (3) établit des règles particulières.

508. Les biens d'un fou peuvent être aliénés par son curateur, lorsque l'aliénation importe à l'administration des affaires; mais, dans cette limite même, le droit d'aliéner ne paraît accordé par la loi des Douze Tables qu'aux agnats investis de la curatelle légitime (4). Si le même pouvoir a été plus tard étendu au curateur datif des personnes en état d'imbécillité, et même au tuteur des impubères, ce n'est qu'indirectement, en ce sens que la tradition faite par les tuteurs ou curateurs conférait à l'acheteur *justam causam possidendi* (5), en sorte qu'il avait la chose *in bonis*, et obtenait le domaine quiritaire par usucapion, sauf à se défendre dans l'intervalle par une exception spéciale (6).

En effet, le pupille et le mineur de vingt-cinq ans ne sont pas dans la même position que les fous; rien ne les empêche d'aliéner directement avec l'autorisation du tuteur ou le consentement du curateur, et l'on n'attacherait pas tant d'importance aux aliénations ainsi faites par les pupilles, si le tuteur pouvait par lui-même transférer le domaine quiritaire. C'est

(1) *Ulp. fr. 4, de pigner. act.* — (2) *Ulp. ibid.* — (3) *C. 3, de jur. domin. impetr.* — (4) *Gaius, 2 inst. 64; Marcell. fr. 12, de curat. fur.* — (5) *Diocl. et Max. C. 16, de admin. tut.* — (6) *Julian. fr. 7, § 1, de curat. fur.*

donc à une aliénation indirecte que se réfèrent les textes, lorsqu'ils reconnaissent aux tuteurs et curateurs le droit d'aliéner (a).

509. Pour savoir comment les uns et les autres peuvent ou doivent exercer ce droit, il faut distinguer les choses et les temps. Jusqu'au règne de Constantin, ce fut un devoir de vendre les objets qui se détériorent ou diminuent de valeur, comme les meubles et même les héritages urbains (1), ce qui s'entend ici des bâtiments destinés à l'habitation des maisons de plaisance et des jardins d'agrément, par opposition, soit aux terres et aux jardins productifs, soit aux bâtiments d'exploitation (2).

La vente des autres héritages resta facultative, jusqu'au règne de Septime-Sévère. Un sénatus-consulte porté l'an de J.-C. 195 défendit de les aliéner, sauf l'autorisation que les magistrats pourraient donner, pour une seule cause, c'est-à-dire pour acquitter les dettes du propriétaire (3).

Enfin, Constantin généralise la prohibition du sénatus-consulte en l'étendant aux héritages urbains et à tous les meubles de quelque valeur ; ainsi, le droit d'aliéner sans permission du magistrat n'existe plus que pour les animaux inutiles et les vieux habits (4).

(1) *Ulp. fr.* 5, § 9 ; *fr.* 7, § 1, *de admin. et peric. tut.*; *Constant. C.* 22, *de admin. tut.* — (2) *Ulp. fr.* 198, *de verb. sign.* — (3) *Ulp. fr.* 1, §§ 1 *et* 2 ; *fr.* 5, §§ 9, 10 *et* 14, *de reb. eor.*; *Diocl. et Max. C.* 12, *de præd. et al. reb.* — (4) *Constant. C.* 22, *de admin. tut.*; *C.* 4, *quand. decret.*

(a) Le plus explicite de tous (*Paul. fr.* 12, § 1, *de admin. et peric. tut.*) ne répugne pas à cette explication ; car s'il refuse au pupille la revendication des choses aliénées par le tuteur, c'est en se fondant, non sur une règle de droit, mais sur une considération prise dans l'intérêt même du pupille.

TITRE IX.

PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT.

Nous acquérons non seulement par nous-mêmes, mais aussi par les personnes que nous avons sous notre puissance, par les esclaves dont nous avons l'usufruit, par les hommes libres et par les es-

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS ADQUIRITUR.

Adquiritur nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus; item per servos in quibus usumfructum habemus; item per homines libe-

ros et servos alienos, quos bona fide possidemus: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

1. Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentium fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii filio vel extraneo donare vel vendere, vel quocumque modo voluerant adplicare.

claves d'autrui, quand nous les possédons de bonne foi. Examinons séparément ces différents cas.

1. Tout ce que les fils de famille de l'un ou de l'autre sexe acquéraient, excepté cependant les pécules castrans, était autrefois acquis à leur père, sans aucune distinction; tellement, qu'après avoir acquis une chose par un de ses enfants, il pouvait la donner, la vendre ou la transmettre comme bon lui semblait, soit à un autre enfant, soit à un étranger.

Quod nobis inhumanum visum est et generali constitutione emissa et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat: quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc ad alium perveniens luctuosum ei procedat.

2. Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie ubi parens, emancipando liberum, ex rebus quæ adquisitionem effugiunt, sibi tertiam partem retinere si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis; et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipa-

Ce droit nous a paru inhumain, et, par une constitution générale, nous avons adouci le sort des enfants, tout en conservant au père ce qui lui est dû. En effet, nous avons ordonné que les biens provenant au fils de la fortune paternelle seraient, selon l'ancien usage, entièrement acquis au père; pourquoi, en effet, ne pas laisser revenir au père les acquisitions qui tirent de lui leur origine? Quant aux biens qui proviendraient à un fils de famille de toute autre source, le père en aura l'usufruit, mais le fils en conservera la propriété, et n'aura point le regret de voir profiter à d'autres le fruit de son travail ou de sa bonne fortune.

2. Nous avons aussi prévu le cas où le père émancipe ses enfants. Les constitutions antérieures lui permettaient de retenir, comme prix de l'émancipation, le tiers des choses auxquelles ne s'étendait pas son acquisition; il en résultait, contre toute humanité, que cette émancipation enlevait au fils le tiers de ses biens, et lui faisait acheter par la diminution de sa fortune l'honneur de de-

venir indépendant. Nous avons donc établi que le père, au lieu du tiers en propriété qu'il pouvait retenir, retiendra moitié, non en propriété, mais en usufruit. Par là, en effet, les biens resteront en totalité au fils, et le père jouira d'une valeur plus considérable, puisqu'au lieu du tiers il aura moitié.

3. Nous acquérons par nos esclaves, soit qu'ils reçoivent une chose par tradition, soit qu'ils stipulent, soit qu'ils acquièrent à tout autre titre. Nous acquérons ainsi, même à notre insu et malgré nous; car les esclaves soumis à la puissance d'autrui ne peuvent rien avoir en propre. Cependant, lorsqu'on les institue héritiers, ce n'est que par notre ordre qu'ils peuvent faire adition d'hérédité; et lorsqu'ils l'ont ainsi faite, c'est à nous que l'hérédité se trouve acquise, comme si nous étions personnellement institués. Les legs nous sont également acquis par nos esclaves. Ce n'est pas seulement la propriété que nous acquérons par les personnes soumises à notre puissance, mais aussi la possession; car lorsqu'ils ont pris possession d'un objet quelconque, c'est nous qui sommes censés posséder, et conséquemment nous obtenons par eux l'usucapion ou la prescription de longue durée.

4. Quant aux esclaves dont nous avons seulement l'usufruit, on dé-

tione dominio pro parte tertia defraudetur, et quod honoris ei ex emancipatione additum est quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens, pro tertia eorum bonorum parte dominii quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed ususfructus retineat : ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

3. Item nobis adquiritur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias nisi nostro jussu hereditatem adire potest; et si nobis jubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac si nos ipsi heredes instituti essemus : et convenienter scilicet nobis legatum per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus, nobis adquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur : unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio nobis accedit.

4. De iis autem servis in quibus tantum usumfructum

habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operibus suis adquirant, id nobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario sed domino proprietatis adquiritur. Idem placet et de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bona fide possessore: ita quod extra istas duas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest; fructuarius vero usucapere non potest, primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habemus, vel quos bona fide possidemus, aut per liberam personam quæ bona fide nobis servit, nobis adquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem, in utriusque persona, secundum definitionem quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem

cide que tout ce qui leur provient de notre chose ou de leur travail doit nous être acquis; mais que toute autre acquisition par eux faite appartient au maître de la propriété. Si donc un esclave est institué héritier, si on lui lègue ou donne quelque chose, ce n'est pas à l'usufruitier qu'il acquiert, mais au maître de la propriété. Il en est de même des personnes que nous possédons de bonne foi, soit qu'il s'agisse d'un homme libre, ou de l'esclave d'autrui; car ce qu'on a décidé pour l'usufruitier, on le décide également pour le possesseur de bonne foi. Ainsi, hors les deux cas ci-dessus mentionnés, ce que chacun acquiert appartient ou à lui-même, s'il est libre, ou s'il est esclave, à son maître. Toutefois le possesseur de bonne foi, lorsqu'il aura usucapé l'esclave, étant alors propriétaire, profitera de toutes ses acquisitions. L'usufruitier, au contraire, ne peut usucaper : d'abord, parce qu'il n'a pas la possession, mais le droit d'user et de jouir; ensuite parce qu'il sait que l'esclave appartient à autrui. Indépendamment de la propriété, les esclaves dont nous sommes usufruitiers ou possesseurs de bonne foi, et la personne libre qui nous sert de bonne foi, nous acquièrent aussi la possession. Nous l'entendons toutefois, relativement aux uns et aux autres, dans le sens de la distinction précédemment établie, c'est-à-dire pour le cas où la pos-

session qu'ils ont acquise provient de notre chose ou de leur travail.

5. On voit par là qu'en aucun cas nous ne pouvons rien acquérir, soit par les personnes libres que nous n'avons point sous notre puissance, ou que nous ne possédons pas de bonne foi, soit par les esclaves étrangers dont nous n'avons pas l'usufruit ou la possession civile. Tel est le sens de la règle que nul ne peut rien acquérir par une personne étrangère, excepté que, par une personne libre, et spécialement par procureur, nous pouvons, d'après une constitution de l'empereur Sévère, acquérir sciemment ou même à notre insu, la possession, et par cette possession la propriété même, si la tradition a été faite par le propriétaire; et dans le cas contraire, l'usucapion ou la prescription de longue durée.

6. Ce qu'on a dit jusqu'ici sur les manières d'acquérir chaque chose en particulier suffira quant à présent; car nous aurons plus loin occasion d'exposer les règles relatives, soit aux legs par lesquels nous pouvons aussi acquérir, soit aux fidéicommis par lesquels on nous laisse des objets particuliers. Voyons donc comment les choses s'acquièrent par universalité : ainsi, lorsque nous devenons héritiers, lorsque nous demandons une possession de biens, lorsque nous adrogeons, ou lorsque des biens nous sont attribués pour la

ex re nostra vel suis ex operibus adepti fuerint.

5. Ex his itaque apparet, per liberos homines quos neque nostro juri subjectos habemus, neque bona fide possidemus; item per alienos servos in quibus neque usumfructum habemus, neque possessionem justam, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil adquiri posse : excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis prescriptionem, si dominus non sit.

6. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res nobis adquiruntur; nam legatorum jus, quo et ipso jure singulæ res nobis adquiruntur, item fideicommissorum ubi singulæ res nobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res adquiruntur : si cui ergo heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, vel si quem adrogaverimus, vel si

cujus bona libertatum conservandarum causa nobis addicta fuerint, ejus res omnes ad nos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est : nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent; et prius est, ut de his dispiciamus quæ ex testamento nobis obveniunt, qua in re necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.

conservation des affranchissements, tout ce qui appartenait soit au défunt, soit à l'adrogé, nous est transmis. Occupons-nous d'abord des hérédités, dont on distingue deux espèces; en effet elles sont déférées, ou par testament, ou ab intestat. Nous avons d'abord à examiner l'hérédité testamentaire, et pour cela il faut commencer par exposer les formalités des testaments.

EXPLICATION.

PR:

510. Nous acquérons ou par nous-mêmes ou par autrui.

Nous acquérons par nous-mêmes les choses dont la propriété nous est directement transmise, par exemple celles dont nous sommes personnellement légataires, donataires, etc.; et, au contraire, nous acquérons par autrui, lorsque la propriété est transférée à une personne dont l'acquisition tourne immédiatement à notre profit, en raison des droits que nous avons sur cette personne.

C'est ainsi, par exemple, que la donation faite à l'esclave et par lui acceptée, profite au maître, qui acquiert par son esclave la chose donnée à celui-ci [1].

Acquérir par autrui, c'est donc profiter de l'acquisition d'un autre; mais, comme les acquisitions faites par une personne *sui juris* ne profitent qu'à elle, il en résulte qu'en général on ne peut rien acquérir *per extraneam personam* [2]. Aussi le nombre des personnes par qui nous pouvons acquérir est-il strictement limité. Ce sont nos fils de famille, les esclaves dont nous sommes propriétaires, usufruitiers ou usagers; enfin, les hommes libres ou esclaves que nous possédons de bonne foi.

(1) *Paul. fr.* 10, *h. t.* — (2) § 5, *h. t.*

§ I.

511. Au père de famille seul appartient le titre de propriétaire [108] ; et conséquemment c'est à lui que profitent toutes les acquisitions faites par les personnes soumises à sa puissance. Les fils de famille n'acquéraient donc jamais que pour leur père, et cette conséquence des principes constitutifs de la famille civile n'admettait ni exception ni modification. On ne faisait primitivement aucune différence entre les acquisitions d'un fils de famille et celles d'un esclave (1) ; mais, dans la suite, les fils de famille ont eu, sous le nom de pécule, des biens qui leur appartenaient en propre. Nous distinguerons, à leur égard, le pécule castrans, le pécule quasi castrans, et le pécule adventice.

512. Le pécule castrans, dont l'origine remonte aux premiers empereurs (2), se compose de tout ce qu'un fils de famille reçoit en partant pour l'armée, et de tout ce qu'il acquiert ensuite *in castris* (3). Le père ou ses créanciers n'avaient aucun droit sur ce pécule, et les biens castrans, au lieu de se confondre avec les autres biens dans la succession paternelle, restaient propres au fils de famille qui les avait acquis (4). Toutefois les biens castrans n'avaient pas été formellement attribués aux fils de famille; mais on leur avait permis d'en disposer par testament, et de là résultait, pour eux, une propriété conditionnelle. En effet, s'ils instituaient un héritier, ils lui transmettaient le pécule castrans; et, au contraire, s'ils décédaient intestats, ce même pécule était réputé avoir toujours appartenu au père de famille; en un mot, l'exception disparaissait, et la règle générale reprenait son empire par une sorte de POSTLIMINIUM *similitudine cujusdam postliminii* (*a*).

513. Le pécule quasi castrans a été établi en 321, par Constantin, qui assimila aux biens castrans les biens qu'un fils de famille palatin (on appelait *palatini* les fonctionnaires attachés

(1) *Pr., quib. non est permiss.; Gaius, 2 inst.* 87. — (2) *Pr., quib. non est perm.* — (3) *Paul. 3 sent. 4, § 3.* — (4) *Text. hic.*

(*a*) *Tryph. fr.* 19, § 3. V. *Marcian. fr.* 18, §§ 1 *et* 2, *de castr. pecul.* Le décès d'un fils de famille intestat n'ouvrait aucune hérédité. C'est dans le Bas-Empire seulement que les fils de famille ont eu des héritiers légitimes, tant pour leur pécule castrans que pour leurs autres biens [554, 846].

par différents offices au palais du prince) aurait reçus de l'empereur ou acquis par ses propres économies (*a*). Le même avantage fut successivement étendu à plusieurs autres fonctionnaires (1), et accordé, en règle générale, par Justinien à tous les fils de famille qui *salaria vel stipendia percipiunt publica*. Les biens par eux acquis à cette occasion furent, comme nous l'avons dit, assimilés aux biens castrans, mais imparfaitement [553] : suivant Justinien, le pécule quasi castrans tenait le milieu entre le pécule castrans et un troisième pécule purement civil, qu'on appelle *paganum* ou adventice (2).

514. En effet, Constantin avait accordé aux fils de famille la nue propriété des biens qu'ils recueillaient dans l'hérédité maternelle, en sorte que le père en avait seulement l'usufruit (3). La même distinction a été successivement étendue aux choses données ou laissées à un fils de famille par sa mère ou par un ascendant maternel (4), par son conjoint (5), et même par sa fiancée ou par son fiancé (6) ; enfin, Justinien établit une règle générale qui divise les acquisitions des fils de famille en profectices ou adventices, suivant qu'elles proviennent *ex re patris* ou de toute autre source (*ex alia causa*). Les premières continuent de profiter au père de famille conformément aux anciennes règles, mais son droit sur les secondes est restreint à l'usufruit (*b*). Ainsi, le pécule adventice sera, comme les pécules castrans et quasi castrans, en dehors du patrimoine paternel ; il ne sera donc pas compris dans la masse héréditaire, et au lieu de se partager entre tous les enfants du défunt, il restera propre à celui par qui l'acquisition a été faite (7).

§ II.

515. Le père de famille, quoique restreint à un simple usu-

(1) *Honor. et Theod. C. 7, de assess.; C. 7, de adv. divers. jud.; Theod. et Val. C. de castr. pecul.; Leo et Anthem. C. 34, de episc. et cleric.* — (2) *C. 37, de inoff. test.* — (3) *C. 1, § 2, de bon. matern.* — (4) *Arcad. et Honor. C. 2, eod.* — (5) *Theod. et Val. C. 1, de bon. quæ lib.* — (6) *Leo et Anthem. C. 5, eod.* — (7) *Text. hic; C. 6, pr. et § 1, eod.*

(*a*) *Constant. C. de castr. omn. palat.* Cujas et Vinnius pensent que le pécule quasi castrans existait dans le droit des Pandectes, parce qu'il est plusieurs fois mentionné dans le Digeste (*Ulp. fr. 1, § 6, ad sc. trebell.; fr. 3, § 5, de bon. poss.; fr. 1, § 15, de collat.; fr. 7, § 6, de donat*). Mais cette mention n'est évidemment qu'une interpolation.

(*b*) Il existe plusieurs cas où le père de famille n'a pas même l'usufruit (*C. 8, de bon. quæ lib.; Nov 117, cap. 1; nov. 118, cap. 2*).

fruit, n'était pas déchu de toute espérance sur la propriété. En effet, lorsqu'il émancipait un de ses enfants, il pouvait retenir le tiers des biens *quæ adquisitionem ejus effugiebant* (1), c'est-à-dire des biens dont la nue propriété leur avait été réservée. Justinien, au lieu du tiers en propriété, accorde au père émancipateur moitié en usufruit (2). Cet usufruit partiel n'ajouterait rien à l'usufruit total que l'émancipateur a déjà comme père de famille, si sa jouissance continuait après l'émancipation; mais, au contraire, l'usufruit que le père de famille avait en cette qualité cesse avec la puissance paternelle dont l'émancipateur se dépouille volontairement. Le nouvel usufruit de moitié, qui commence à l'émancipation, ne lui est donc pas inutile.

§ III.

516. Un esclave ne peut rien avoir à soi. Tout ce qui lui appartiendrait, s'il était libre, doit nécessairement appartenir au maître dont il est lui-même la propriété. Aussi le maître acquiert-il, par ses esclaves, à son insu et même malgré lui, *ignorantibus et invitis nobis*.

Cette décision s'applique aux choses corporelles, et même aux obligations (*a*), soit qu'elles résultent d'une stipulation ou de toute autre cause (*sive quid stipulatur*, etc.), car le principe est général [1108]. Cependant, pour éviter les risques auxquels expose l'acquisition d'une hérédité en obligeant à payer toutes les dettes du défunt, on a voulu que l'esclave institué par un étranger ne pût acquérir l'hérédité qu'avec l'ordre de son maître. S'il en était autrement, ce dernier aurait tout à risquer, puisqu'il devient héritier par ses esclaves, comme s'il avait été personnellement institué (3).

Le legs n'expose pas au même danger, parce que le légataire n'est pas, comme l'héritier, tenu des dettes (4). Aussi le maître acquiert-il à son insu et malgré lui les choses léguées à son esclave. En effet, quoique notre texte semble assimiler le legs et l'hérédité, les mots *et convenienter* ne se réfèrent pas à

(1) *Test. hic; Constant. C.* 1, *C. Th., de mater. bon.* — (2) *Text. hic; Justin. C.* 6, § 3, *de bon. quæ liber.* — (3) *Text. hic;* § 1, *de her. inst.* — (4) § 11, *de testam. ord.* V. *Julian. fr.* 32, *mandat.*

(*a*) Voyez pour les créances d'un fils de famille ou d'un esclave, le *liv.* 3, *tit.* 17 *et* 28.

la règle qu'on vient de poser pour l'hérédité, mais à la règle générale, établie précédemment pour toutes les acquisitions de l'esclave.

517. Ce que nous disons des esclaves s'appliquait, dans l'empire romain, à toute personne *alieni juris*. Ainsi, les choses acquises par un fils de famille étaient acquises au père, à son insu et malgré lui, et son consentement, comme celui du maître, n'était nécessaire que pour l'acquisition d'une hérédité (1); mais dans le Bas-Empire, lorsqu'on attribua au père et au fils de famille des droits distincts, lorsque la même acquisition dut profiter à l'un pour l'usufruit, à l'autre pour la nue propriété, alors les acquisitions du fils de famille durent se faire toutes avec le consentement du père, à raison de son usufruit, et avec le consentement du fils à qui reste la nue propriété. Autrement, si l'un refuse, il reste étranger aux charges et aux bénéfices de l'acquisition, dont l'autre profite seul à ses risques et périls particuliers (2).

§ IV.

• **518**. Lorsque la nue propriété d'un esclave appartient à une personne, l'usufruit à une autre, les acquisitions de l'esclave se divisent entre l'usufruitier et le nu-propriétaire comme la propriété même. L'usufruitier doit avoir les services et les fruits de l'esclave : aussi les acquisitions de l'esclave dont nous avons l'usufruit nous profiteront-elles dans deux cas, savoir : lorsqu'elles proviendront de son industrie (*ex operibus suis*) ou *ex re nostra*. Cette seconde cause d'acquisition comprend toutes les choses laissées ou données à l'esclave par l'usufruitier lui-même (3), et en général toutes les acquisitions dont la cause et l'origine remontent à la personne de l'usufruitier ou à son patrimoine (4) : par exemple, si l'esclave est institué, si on lui fait une donation ou un legs en considération de l'usufruitier (5). Toute acquisition qui ne provient pas du travail de l'esclave ou *ex re fructuarii* appartient au maître de la nue propriété (6). C'est donc à lui que profitent, en général, les donations et les legs faits à l'esclave, ainsi que l'hérédité de ceux qui l'ont

(1) *Pr., de sc. orphit.; § 2, de sc. textyl.* — (2) *Justin. C. 8, de bon. quæ liber.* — (3) *Ulp. fr. 21 et 22, de usufr.* — (4) *Paul. fr. 31, eod.* — (5) *Ulp. d. fr. 21 et 22, eod; Julian. fr. 45, § 4, de adq. vel. amitt. her.* — (6) *Text. hic. Gaius, fr. 10, § 3, de adq. rer. dom.*

institué; car l'ouvrage et la destination des esclaves n'étant pas de recueillir des successions, l'addition d'hérédité qu'ils auraient faite n'est pas considérée comme un produit de leur industrie [1].

Le simple usager, qui a tout l'usage sans avoir aucun fruit, profite aussi de certaines acquisitions, savoir de celles qui proviennent *ex re ejus*, sans aucune espèce de droit sur les acquisitions que l'esclave fait par son industrie [2].

519. Ce qu'on a dit de l'usufruitier s'applique au possesseur de bonne foi. Remarquons toutefois que l'usufruit s'établit uniquement sur les esclaves, tandis que l'on possède souvent des personnes libres, qui passent pour esclaves. Le possesseur de bonne foi profitera donc des acquisitions faites, soit par l'esclave d'autrui, soit par une personne libre, dans les deux cas précédemment expliqués. Le surplus restera, soit à la personne même si elle est libre, soit à son maître si elle est esclave [3].

Une autre différence existe encore entre l'usufruitier et le possesseur de bonne foi; car ce dernier peut acquérir par usucapion l'esclave d'autrui, et, dans ce cas, il profitera sans distinction (*ex omnibus causis*) de toutes les acquisitions. L'usucapion, au contraire, ne rendra jamais l'usufruitier propriétaire: en effet, il ne possède pas; il détient pour autrui, parce qu'en sa qualité d'usufruitier, il reconnaît que la chose appartient à autrui. D'ailleurs s'il en était autrement, s'il possédait, ce serait de mauvaise foi: seconde circonstance qui, outre le défaut de possession civile, empêcherait l'usufruitier d'usucaper [4].

520. Ce qui a été dit jusqu'ici de la propriété s'applique à la possession, en ce sens que toute possession acquise par un esclave en son nom est acquise au maître avec tous les avantages qu'elle est susceptible de produire, notamment ceux qui résultent de l'usucapion et de la prescription *longi temporis* [5]; mais la possession que le maître acquiert par ses esclaves ne lui arrive pas à son insu et malgré lui, comme la propriété. Le *dominium* est un droit dont la loi peut investir les personnes, sans leur consentement; la possession, au contraire, ne nous est jamais acquise malgré nous. La possession s'acquiert en règle générale,

(1) *Paul. fr.* 47; *Julian. d. fr.* 45, *pr. et* § 3, *eod.* — (2) *Ulp. Pomp. et Marcel. fr.* 14; *fr.* 16, § 2; *fr.* 20, *de us. et hab.* — (3) *Text. hic*; *Gaius, fr.* 10, § 4, *de adq. rer. dom.* — (4) *Text. hic.*; *Gaius*, 2 *inst.* 9 *et* 30. — (5) § 3, *h. t.*; *Gaius*, 2 *inst.* 89; *fr.* 10, § 2, *de adq. rer. dom.*

animo et corpore (1), c'est-à-dire lorsqu'on appréhende une chose avec intention de l'avoir à soi, *animo sibi habendi*. Le fait de l'appréhension corporelle peut être accompli, soit par nos mains, soit par les mains d'autrui : en effet, nous détenons *corpore nostro vel alieno;* mais l'intention est essentiellement personnelle. Nous ne pouvons donc posséder que par une volonté qui nous est propre, *animo utique nostro* (2). Ainsi lorsque les esclaves ont agi à l'insu et sans la volonté du maître [516], celui-ci ne commence à posséder par eux que lorsqu'il joint sa volonté à leur détention corporelle (3). Cependant, comme ils ont souvent un pécule, c'est-à-dire un capital dont le maître leur laisse l'administration (4), on a voulu que ce dernier ne fût pas forcé de descendre, à chaque instant, dans les détails de cette administration. On a donc décidé qu'il possède, même à son insu, tout ce que ses esclaves possèdent comme faisant partie de leur pécule ; et avec raison, car c'est par la volonté du maître que l'esclave a un pécule, et par suite tout ce qui en dépend (5).

521. Les hommes libres ou esclaves que nous possédons de bonne foi, les esclaves dont nous avons l'usufruit, nous acquièrent aussi la possession dans les mêmes cas où ils nous acquièrent la propriété, c'est-à-dire, lorsqu'elle provient *ex re nostra* ou *ex operibus suis* (6). Ces distinctions supposent qu'ils appréhendent la possession en leur propre nom ; car la possession qu'ils appréhendent au nom de l'usufruitier ou du possesseur de bonne foi lui est acquise par eux, comme elle le serait par toute autre personne (7).

§ V.

522. Effectivement, nous acquérons la possession par le fait d'autrui [525], lorsque ce fait concourt avec notre intention personnelle (8).

Ainsi, par exemple, si je vous adresse une lettre, vous ne la posséderez que lorsqu'elle vous sera remise. Cependant si vous chargez un autre de la recevoir, la remise faite à ce dernier vous rend immédiatement possesseur et propriétaire (9). Il en est de

(1) *Paul.* 5 *sent.* 2, § 2. — (2) *Paul. ibid.* — (3) *Papin. fr.* 44, § 1, *de adq. vel amitt. poss.* — (4) § 10, *de action.; Ulp. fr.* 5, §§ 3 et 4, *de pecul.* — (5) *Paul. fr.* 1, § 5, *de adquir. vel amitt. poss.* V. *Pap. d. fr.* 44, § 1, *eod.* — (6) *Text. hic ; Gaius*, 2 *inst.* 94. — (7) *Ulp. fr.* 34, § 2, *de adq. vel amitt. poss.* — (8) *Paul.* 5 *sent.* 2, §§ 1 et 2. — (9) *Paul. fr.* 65, *de adq. rer. dom.*

même de la tradition reçue par mon mandataire ou par mes ouvriers, lorsqu'ils sont chargés d'enlever les choses qui m'ont été données ou vendues (1).

523. Dans ces différents cas, mon commissionnaire, mon mandataire ou mes ouvriers n'ont jamais eu ni voulu avoir la propriété. Ce qui leur serait personnellement acquis ne pourrait appartenir qu'à eux, et ne me parviendrait que par une nouvelle transmission; car on ne devient jamais propriétaire *per liberam et extraneam personam.* Néanmoins, dans les exemples ci-dessus, le fait d'un étranger contribue à me rendre propriétaire, mais observons comment : j'acquiers par le fait d'autrui la possession; et c'est la possession, quelle que soit la manière dont elle est acquise, qui me conduit à la propriété [395].

Dans ce cas, je n'acquiers par autrui que la possession. A la vérité, celle-ci me confère la propriété *et per hanc possessionem etiam dominium;* mais le *dominium* n'a jamais été acquis à la personne par qui je possède. Je ne profite donc pas, quant à la propriété, de l'acquisition faite par un étranger, comme je profiterais des acquisitions faites par mon esclave. Ainsi, lors même que la possession m'est acquise *per liberam et extraneam personam*, c'est par moi, et non par d'autres, que j'acquiers la propriété.

524. Cette acquisition de la propriété au moyen de la possession, n'est que la conséquence et la confirmation des principes que nous avons déjà exposés sur le titre *de divisione rerum;* en effet, si la possession confère immédiatement la propriété, c'est lorsque l'aliénation est consentie par le véritable maître. Dans le cas contraire, la possession ne conduit à la propriété qu'avec le temps et les conditions requises pour l'usucapion ou la prescription (2).

525. Si nous acquérons la possession *corpore alieno*, ce n'est jamais sans le vouloir. Ainsi, quand un étranger qui prend possession d'une chose en notre nom, la prend de son propre mouvement et à notre insu, nous ne possédons par lui qu'après avoir connu et approuvé son fait (3). Il en est autrement des personnes qui agissent par nos ordres; nous acquérons la possession par leur fait, sans le savoir (*non solum scientibus sed et*

(1) *Ulp. fr.* 6, *de donat.* V. *Nerat. fr.* 13, *de adq. rer. dom.* — (2) *Text. hic, in fin.* — (3) *Ulp. fr.* 42, § 1, *de adq. vel amitt. poss.; Paul.* 5 *sent.* 2, § 3.

ignorantibus), c'est-à-dire sans savoir que notre commission est exécutée (*a*). Du reste, nous n'acquérons pas sans le vouloir; car la chose faite en vertu de notre mandat, à quelque moment qu'on la suppose faite, ne l'est jamais que par notre volonté.

Remarquons d'ailleurs que si la possession nous est acquise même à notre insu, l'usucapion, dans le cas où elle est nécessaire, ne commence qu'au moment où nous avons connaissance du fait (1) : sans doute parce que l'usucapion ne profite qu'au possesseur de bonne foi. Or, quand on possède sans le savoir, on n'a ni bonne ni mauvaise foi.

§ VI.

526. Les manières d'acquérir qui nous ont occupés jusqu'ici s'appliquent aux choses considérées isolément (*singulas res*), chacune d'elles formant l'objet d'une acquisition particulière. Pour compléter cette matière, il faudrait encore parler ici des legs et des fidéicommis; mais ces deux causes d'acquisition se rattachent si étroitement à la matière des testaments, qu'on ne doit pas les en séparer : Justinien passe donc immédiatement aux manières d'acquérir par universalité (*per universitatem*), et non pas à titre universel, comme on le dit ordinairement et fort inexactement.

En effet, lorsqu'une personne recueille une hérédité, les biens (*omnes res*) ou plutôt les droits du défunt passent tous à l'héritier; et celui-ci les acquiert par universalité, en ce sens qu'il obtient un ensemble de droits, *universitas*, et par suite chacun des objets compris dans cette universalité.

L'universalité des biens d'une personne se transmet par des moyens et avec des effets différents : notamment lorsqu'on succède à un défunt que l'on représente, soit comme héritier d'a-

(1) *Sev. et Anton. C.* 1, *de adq. vel. retin. poss.*

(*a*) Cette décision résulte d'une constitution de Septime-Sévère (*C.* 1, *de adq. vel amitt. poss.*), qui s'appuie elle-même sur un usage admis par les prudents et justifié par sa grande utilité. Il est impossible en effet que personne suffise à prendre ou à recevoir de ses propres mains, à chaque instant et en tous lieux, une multitude d'objets indispensables. Il a donc fallu appréhender la possession par autrui, et l'on s'étonnerait avec raison que le doute à cet égard ait pu subsister jusqu'à Septime-Sévère, si telle était réellement la question tranchée par ce prince. Sa constitution ne porte pas sur l'acquisition même, mais sur la question de savoir si nous acquérons à notre insu, *ignoranti quoque*.

près le droit civil, soit comme *bonorum possessor*, conformément aux règles du droit honoraire, ou lorsque, dans un cas particulier, les biens sont attribués à une personne qui s'engage à maintenir les affranchissements faits par le défunt (*conservandarum libertatum causa*). Les biens d'une personne vivante se transmettent aussi en masse, comme nous le verrons plus loin (*liv.* 3, *tit.* 10 *et* 12). Examinons d'abord comment on acquiert l'hérédité.

527. Les vivants n'ont point d'héritiers, mais après la mort les droits et les obligations du défunt continuent d'exister, au moins pour la plupart, et passent à un ou à plusieurs survivants qui remplacent le défunt, représentent sa personne, en un mot succèdent à ses droits et à ses obligations. Cette succession de personnes est soumise par le droit civil à des règles que le droit honoraire a souvent et utilement modifiées. De là une distinction importante entre l'hérédité proprement dite et la possession de biens : l'une et l'autre consistent dans la succession aux droits et obligations d'un défunt, mais avec cette différence que la première est réglée par le droit civil, la seconde par les édits prétoriens (1).

L'hérédité, et même la possession de biens (dont on ne s'occupe ici qu'accessoirement, pour lui consacrer plus tard un titre spécial (*liv.* 3, *tit.* 9), ne sont pas toujours déférées d'après une règle unique. A cet égard, il faut distinguer si le défunt est décédé testat ou intestat, c'est-à-dire avec ou sans testament.

(1) § 2, *de bon. posses.; Julian. fr.* 62, *de reg. jur.; African. fr.* 208, *de verb. signif.*

TITRE X.

DES FORMALITÉS DES TESTAMENTS.

Le testament est ainsi appelé, parce qu'il atteste l'intention.

1. Aucun point d'antiquité ne devant rester complétement ignoré, on saura qu'autrefois l'usage admettait deux sortes de testaments, usités, l'un, dans le calme

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

1. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace et in

otio utebantur, quod CALATIS COMITIIS appellabant; altero, cum in prælium exituri essent, quod PROCINCTUM dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur PER ÆS ET LIBRAM: scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus romanis puberibus præsentibus, et eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt; quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse *desiit*.

de la paix, l'autre, au moment même de marcher au combat. Le premier s'appelait *calatis comitiis*, l'autre *in procinctu*. Vint ensuite une troisième sorte de testaments, dits *per æs et libram*, parce qu'ils se faisaient par mancipation, c'est-à-dire par une vente fictive, en présence de cinq témoins et d'un porte-balance, tous citoyens romains pubères, et en présence de celui qu'on appelait acheteur du patrimoine. Les deux premières espèces de testaments sont tombées, dès les anciens temps, en désuétude. Quant au testament *per æs et libram*, quoiqu'il ait eu plus de durée, il est en partie hors d'usage.

2. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est: jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria.

2. Les testaments ci-dessus mentionnés se rapportaient au droit civil; mais ensuite l'édit du préteur introduisit une autre forme pour la confection des testaments: en effet, le droit honoraire n'exigeait aucune mancipation, mais seulement les cachets de sept témoins qui, d'après le droit civil, n'étaient pas nécessaires.

3. * Sed cum paulatim, tam ex
* usu hominum quam ex constitu-
* tionum emendationibus, cœpit in
* unam consonantiam jus civile et
* prætorium jungi, constitutum est,
* ut uno eodemque tempore, quod
* jus civile quodammodo exigebat,
* septem testibus adhibitis, et sub-
* scriptione testium, quod ex con-
* stitutionibus inventum est, et ex
* edicto prætoris signacula testa-

3. Mais peu à peu l'usage, ainsi que les changements introduits par les constitutions, amenèrent l'unité et la concordance des droits civil et prétorien; alors il fut établi que le testament se ferait par une seule et même opération, comme l'avait en quelque sorte exigé le droit civil; que les témoins, appelés au nombre de sept, signeraient le testament, en vertu des constitutions, et y apposeraient leur cachet, conformément à l'édit

du préteur. Ainsi, ces formes dérivent d'une triple source: en effet, les témoins, leur présence, l'unité d'opération pour confectionner le testament, viennent du droit civil; la signature du testateur et des témoins est exigée par les constitutions impériales; les cachets et le nombre des témoins, par l'édit du préteur.

4. A toutes ces formalités, notre constitution, pour l'authenticité des testaments et pour prévenir toutes les fraudes, ajoute que le nom de l'héritier sera écrit par le testateur ou par un des témoins; et du reste, on observera en tout point la teneur de cette constitution (1).

5. Les témoins peuvent tous cacheter le testament avec le même anneau. Et, en effet, sept anneaux ne peuvent-ils pas porter la même empreinte, comme l'a fait observer Pomponius? On peut aussi cacheter avec l'anneau d'autrui.

6. On peut prendre pour témoins ceux avec qui on a faction de testament; mais les femmes, les impubères, les esclaves, les fous, les muets, les sourds, ceux à qui l'on a interdit la disposition de leurs biens, et ceux que les lois déclarent infâmes et incapables de témoigner, ne peuvent figurer au nombre des témoins.

7. Un des témoins qui à l'époque de la confection du testament était considéré comme libre, a été plus

(1) Alors même qu'on aurait négligé cette disposition en testant d'après l'ancien usage, le testament n'en sera pas moins valable.

* mentis imponerentur: ut hoc jus * tripartitum esse videatur, ut testes * quidem et eorum præsentia uno * contextu testamenti celebrandi * gratia a jure civili descendant, * subscriptiones autem testatoris et * testium ex sacrarum constitutio- * num observatione adhibeantur; * signacula autem et testium nume- * rus, ex edicto prætoris. *

4. Sed his omnibus a nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur (1), et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

5. Possunt autem omnes testes et uno anulo signare testamentum. Quid enim si septem anuli una sculptura fuerint, secundum quod Pomponio visum est? Sed et alieno quoque anulo licet signare.

6. Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est; sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque ii quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi.

7. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existima-

(1) Sed si hoc non observant, sed secundum priscam consuetudinem testantur, etiam sic firmum testamentum sancimus. (*Nov.* 119, *cap.* 19.)

batur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur atque si ut oportet factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset qui status ei questionem moveret.

tard reconnu pour esclave; à cette occasion il a été répondu d'abord par l'empereur Adrien à Catonius, et ensuite par les empereurs Sévère et Antonin, qu'ils soutenaient le testament de leur propre autorité, afin qu'il fût considéré comme régulièrement fait, parce qu'à l'époque où il a été clos, le témoin passait pour libre dans l'opinion de tous, nul ne lui contestant alors son état.

8. Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

8. Le père et le fils qu'il a sous sa puissance, ainsi que deux frères soumis à la puissance du même père, peuvent concourir comme témoins au même testament, parce que rien n'empêche d'appeler, pour l'affaire d'autrui, plusieurs témoins de la même maison.

9. In testibus autem non debet esse, qui in potestate testatoris est. Sed et si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

9. Mais on ne doit pas prendre pour témoins ceux qui sont sous la puissance du testateur; et réciproquement lorsqu'un fils de famille congédié dispose par testament de son pécule castrans, il ne peut prendre pour témoins, ni son père, ni les personnes soumises à sa puissance; car on écarte en pareille matière un témoignage domestique.

10. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia hoc totum negotium quod agitur testa-

10. Pareillement, ni l'héritier, ni les enfants qu'il a en sa puissance, ni l'ascendant à la puissance duquel il est soumis, ni ses frères soumis à la puissance du même père, ne peuvent non plus servir de témoins, parce que aujourd'hui les opérations rela-

tives à la confection du testament se passent toutes entre le testateur et l'héritier. Toutefois il y a eu, sur ce point de droit, révolution complète : les anciens repoussaient le témoignage de l'acheteur du patrimoine et des personnes tenant à lui par les liens de puissance paternelle, tandis qu'ils admettaient au contraire l'héritier et ceux qui tiennent à lui par cette même puissance; mais en accordant cette faculté, ils conseillaient de n'en point user.

menti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiæ emptorem, et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, testimoniis repellebant, heredi et iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare; licet ii qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant.

Quant à nous, corrigeant cet usage, nous faisons de ce conseil une nécessité légale, et comme on refusait à l'ancien acheteur du patrimoine la faculté de témoigner en quelque sorte pour lui-même, nous la refusons avec raison, soit à l'héritier qui représente cet acheteur, soit aux autres personnes tenant à l'héritier par les liens précédemment indiqués. Aussi n'avons-nous pas laissé insérer dans notre Code les anciennes constitutions qui accordaient cette faculté.

Tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare; ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro codici inseri permisimus.

11. Quant aux légataires et aux fidéicommissaires, comme ils ne succèdent point aux droits, nous ne refusons ni à eux ni aux autres personnes qui leur sont unies la faculté d'être témoins; nous la leur avons même accordée dans une de nos constitutions, et nous l'accordons à plus forte raison à toute personne qui dépend d'eux ou dont ils dépendent eux-mêmes.

11. Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis quæ eis conjunctæ sunt, testimonium non denegavimus. Imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

12. Il importe peu que le testament soit écrit sur tablettes,

12. Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in

chartis membranisve, vel in alia materia fiat.

13. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis; quod interdum etiam necessarium est, veluti si quis navigaturus et secum ferre, et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas quæ humanis necessitatibus imminent.

14. Sed hæc quidem de testamentis quæ in scriptis conficiuntur. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.

sur papier, sur parchemin ou sur toute autre matière.

13. On peut aussi faire plusieurs exemplaires d'un même testament, pourvu qu'on les fasse tous suivant les formes requises. Quelquefois même cette précaution devient nécessaire, soit lorsque le testateur, étant prêt à s'embarquer, veut, et emporter avec soi, et laisser à son domicile l'expression de sa volonté; soit dans mille autres circonstances qui dominent les destinées humaines.

14. On a parlé jusqu'ici des testaments qui se font par écrit; celui qui, sans rien écrire, voudra faire un testament conforme au droit civil, appellera sept témoins et exprimera devant eux sa volonté. Il fera ainsi un testament parfaitement valable d'après le droit civil, et d'après les constitutions.

EXPLICATION.

PR.

528. Le testament d'un citoyen romain ne consiste pas uniquement dans l'expression de sa volonté, comme le ferait peut-être supposer la définition ou plutôt l'étymologie du mot *testamentum*, telle que la donne notre texte. Si la volonté de l'homme suffit quelquefois pour constituer seule un testament, ce n'est que par exception et en vertu d'un privilége accordé aux militaires (*tit.* XI). En règle générale, il faut, pour tester, se soumettre à des règles qui dominent notre volonté, soit en exigeant l'observation de certaines formes, soit en limitant le nombre des personnes qui auront droit de tester, et même en déter-

minant les dispositions que peut ou doit contenir leur testament. Aussi Modestinus ([1]) a-t-il défini cet acte *justa sententia voluntatis*, pour indiquer que le testateur doit conformer sa volonté à toutes les exigences du droit civil (*a*).

Ce titre est consacré aux formes extérieures du testament.

§ I.

529. L'hérédité se transmettait chez les anciens Romains par un acte législatif; les premiers testaments furent des lois privées par lesquelles le peuple sanctionnait l'institution des héritiers désignés par le testateur. Les testaments se faisaient ainsi *calatis comitiis* (*b*), c'est-à-dire dans une assemblée de comices qui se tenait deux fois par an pour cet objet spécial. Pendant la guerre, les citoyens prêts à entrer en campagne n'attendaient pas, comme en temps de paix, l'assemblée des comices; ils testaient *in procinctu*, c'est-à-dire devant l'armée, car *procinctus est expeditus et armatus exercitus* ([2]).

Les citoyens ne pouvaient pas toujours attendre l'occasion de tester, soit dans l'assemblée des comices, soit *in procinctu*, et pour leur donner un moyen plus facile, les prudents admirent qu'on pouvait disposer de l'hérédité en la vendant par mancipation. Telle est l'origine d'une troisième espèce de testament, qu'on nomme *per æs et libram*, et que la désuétude des deux autres laissa seule en usage ([3]). Toutefois le testament *per æs et libram*, ou plutôt la mancipation qui en forme la base, n'a pas toujours eu le même but et les mêmes effets; dans le dernier état du droit, sous les empereurs chrétiens, cette ancienne forme ne subsiste plus, mais il en reste plusieurs vestiges, et c'est ainsi qu'après avoir survécu aux deux autres, le testament *per æs et libram* est tombé lui-même dans une désuétude partielle ([4]).

Retraçons ici sa forme primitive et les différentes modifications qu'elle a subies.

530. Pour la confection d'un testament, comme dans tout

([1]) *Fr.* 1, *qui test. fac.* — ([2]) *Gaius*, 2 *inst.* 101. — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 103; *Ulp.* 20, *reg.* 2 — ([4]) *Text. hic, in fin.*

(*a*) *Ulp.* 20 *reg.* 1. Un testament imparfait est complétement inutile (§ 7, *quib. mod. test. infirm.*). Cependant d'après une constitution de Théodose et Valentinien (*C.* 21, § 1, *de testam.*), le testament imparfait vaut pour les enfants du testateur (*inter solos liberos*), sans avoir aucune force à l'égard des étrangers.

(*b*) Du mot grec καλεῖν, les Latins ont tiré *calare*, appeler, convoquer (V. *Theoph. hic*).

autre but, la vente solennelle que l'on nomme *mancipatio* se faisait entre le vendeur et l'acheteur, en présence de six assistants pubères et citoyens romains, dont cinq témoins et un porte-balance appelé *libripens*. Le testateur vendait *familiam suam* à une personne qui l'achetait en prononçant des paroles solennelles, et, pour prix de la vente, remettait au vendeur un lingot d'airain, que régulièrement le *libripens* aurait dû peser, mais avec lequel on se contentait de toucher la balance ([1]). On voit d'après cela pourquoi l'on désigne comme fait *per æs et libram* le testament qui résultait d'une mancipation, et pourquoi l'on appelle *familiæ emptor* la personne à qui le testateur mancipait *familiam suam*, c'est-à-dire son hérédité ou l'ensemble de ses droits (*a*).

Effectivement, dans l'origine, le testateur mancipait directement à la personne qu'il voulait avoir pour successeur, et l'*emptor familiæ* se trouvait *heredis loco;* mais ensuite on reconnut qu'il était dangereux de se donner, avec tant de publicité, un héritier qui, en sa qualité d'acheteur, pouvait être considéré comme ayant un titre irrévocable. Aussi cet acheteur ne fut-il plus qu'un intermédiaire entre le testateur et le véritable héritier. Il y eut toujours un *emptor familiæ :* on continua de lui manciper l'hérédité, mais pour la forme seulement, *dicis gratia* ([2]) : après quoi le testateur présentait aux assistants des tablettes qu'on appelle *tabulæ testamenti*, et déclarait par une formule solennelle que ses véritables dispositions s'y trouvaient écrites. Dès lors le testament se composa de deux parties distinctes : d'une mancipation, et d'une *nuncupatio* par laquelle le testateur faisait la désignation verbale, ou confirmait la désignation faite par écrit d'un héritier. De cette manière, la mancipation, faite en faveur de l'*emptor familiæ*, n'était plus qu'une vente fictive ([3]).

§ II.

531. Cependant cette mancipation fut toujours indispen-

([1]) *Gaius*, 2 *inst.* 104. — ([2]) *Gaius*, 2 *inst.* 103 *et* 104. — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 104 ; *Ulp.* 20 *reg.* 2 *et* 9 ; *fr.* 2, *qui testam, fac.*

(*a*) C'est en ce sens que la loi des Douze Tables emploie le mot *familia*, pour appeler les agnats à l'hérédité : *Proximus agnatus* FAMILIAM *habeto* (*Ulp. fr.* 195, § 1, *de verb. sign.*).

sable pour la validité du testament, du moins d'après le droit civil. Le préteur, au contraire, considérait le testament comme valable lorsqu'il était fait sans aucune mancipation en présence de sept témoins, pourvu que ces derniers eussent apposé leur cachet, condition toute prétorienne, que n'avait point exigée le droit civil (¹). Il arrive par là qu'un testament nul d'après le droit civil peut encore valoir d'après le droit honoraire, et, dans ce cas, les institués obtiennent du préteur, non pas l'hérédité, mais la possession de biens *secundum tabulas*.

§ III.

532. L'ancienne forme du testament *per æs et libram* a été observée jusque sous Théodose le Jeune, qui a établi un nouveau genre de testament. Il faut remarquer à cet égard, que dans le Bas-Empire, le droit civil, incessamment modifié par l'usage et par les constitutions, s'était insensiblement rapproché du droit prétorien. Les anciennes différences s'étaient effacées à mesure que les empereurs avaient renouvelé plusieurs parties de la législation, en modifiant les principes de l'ancien droit. C'est ainsi que, sans défendre expressément aux préteurs de publier de nouveaux édits, on leur en ôta successivement l'occasion, parce que le droit civil et le droit honoraire tendaient de plus en plus à se réunir (*cœperunt in unam consonantiam jungi*). Nous les voyons concourir ici relativement aux conditions exigées, dans le nouveau droit, pour la confection des testaments.

533. Ces conditions sont : 1° l'unité du contexte (*uno contextu*), c'est-à-dire que, depuis la présentation du testament aux témoins jusqu'à l'apposition des cachets et des signatures inclusivement, toutes les formalités doivent s'accomplir dans une seule et même journée, de suite et sans les interrompre par aucun acte étranger au testament, sauf les interruptions que nécessiterait un besoin naturel ou la santé du testateur (²).

2° La présence de sept témoins. Le testateur, après avoir écrit ou fait écrire son testament, le présente aux témoins, cacheté, clos ou lié, excepté d'un côté, en déclarant qu'il contient sa volonté, et il signe en leur présence par le côté qui reste ouvert. La présence des témoins ne s'entend point d'une assistance fortuite ; ils doivent avoir été spécialement appelés

(¹) *Text. hic;* § 6, *quib. mod. testam. infirm.;* § 3, *de bon. poss.; Ulp.* 28 *reg.* 5 *et* 6. — (²) *Theod. et Valent. C.* 21; *Justin. C.* 28, *de testam.*

pour la confection d'un testament, ou du moins avoir été prévenus que c'est un testament qu'on va faire devant eux. Dans tous les cas, ils seront placés de manière à voir le testateur et à entendre ses paroles [1].

L'unité de contexte et la présence de plusieurs témoins a toujours été requise dans la confection des testaments; ces deux conditions dérivent donc de l'ancien droit que Justinien oppose ici, sous le nom de *jus civile*, aux constitutions des princes et aux édits prétoriens. Quant au nombre de sept témoins, il était aussi exigé par cet ancien droit civil (*jus civile quodammodo exigebat*), puisque le testateur ne mancipait qu'avec le concours de sept personnes; mais, comme dans ce nombre, on ne comptait que cinq témoins proprement dits, il paraît plus exact d'attribuer au droit honoraire la nécessité des sept témoins. Il semble en effet que, dans le testament prétorien, les cinquième et sixième témoins remplacent le *libripens* et l'*emptor familiæ*.

On exige 3° le cachet des témoins, leur signature et celle du testateur. Ces formalités dérivent, la première du droit honoraire, et la seconde des constitutions impériales. Ainsi Théodose, en réunissant plusieurs conditions de l'ancien droit civil et du droit prétorien, et en introduisant une condition nouvelle, fait concourir pour la confection du testament trois législations différentes (*ita ut hoc jus tripertitum esse videatur*). De là vient le nom du testament tripartit.

Sa confection n'exige aucune autre condition; car la formalité additionnelle introduite par Justinien [2] a été supprimée par lui-même [3].

§ V.

534. L'obligation imposée aux témoins d'apposer leur cachet rendrait la confection du testament très difficile, si chaque témoin devait avoir son cachet particulier. Aussi peuvent-ils cacheter avec l'anneau d'autrui, et tous avec le même anneau; car les textes emploient toujours le mot *annulus* pour indiquer le cachet que les anciens portaient en forme de bague. Aussi a-t-on demandé si l'empreinte d'un anneau est la seule que l'on puisse valablement employer [4]. Ulpien répond affirmativement; mais l'exactitude du texte est contestée [5].

(1) *Theod. et Valent. d. C.* 21, *pr. et* § 2; *Diocl. et Max. C.* 9, *eod.* — (2) § 4, *h. t.*; *C.* 29, *de testam.* — (3) *Nov.* 119, *cap.* 9. — (4) *Fr.* 22, § 5, *qui test. fac.* — (5) V. *Cujas*, 14 *observ.* 11.

Au surplus le cachet, quel qu'il soit, doit présenter χαρακτῆρα une empreinte reconnaissable. On exige aussi que chaque témoin écrive de sa main par qui et sur le testament de qui a été mis le cachet (1).

§§ XII et XIII.

535. On n'a jamais deux testaments à la fois; le plus récent infirme toujours le précédent [635 et 637]; mais il peut exister plusieurs exemplaires du même testament, ce qui s'entend ici de plusieurs originaux, revêtus chacun de toutes les formes requises (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*). Dans ce cas il suffit de représenter un des originaux, tandis que les copies du testament ne dispensent pas de représenter l'original (2).

Le § 12 n'exige aucune explication.

§ XIV.

536. Nous avons distingué dans le testament *per æs et libram* la mancipation et la *nuncupatio heredis* que le testateur faisait, soit en déclarant que ses dernières volontés étaient consignées par écrit dans des tablettes qu'il présentait aux témoins, soit au contraire en leur expliquant verbalement ses intentions [530]. Cette *nuncupatio* purement verbale constituait le testament proprement appelé nuncupatif, par opposition au testament écrit dans lequel le nom de l'héritier n'est pas prononcé (3).

Théodose, en réglant la forme des testaments, a conservé la distinction du testament écrit, mystique ou secret, et du testament nuncupatif ou verbal. Il suffit que ce dernier soit fait *uno contextu*, en présence de sept témoins (4).

537. Le testament nuncupatif est valable, mais d'après le droit civil seulement (*jure civili firmum*); car il est impossible d'apposer à une déclaration verbale le cachet des témoins, et conséquemment de remplir à cet égard la condition du droit prétorien. Cependant le testament nuncupatif ne laisse pas d'être admis aussi par le préteur, et de conduire à une posses-

(1) *Ulp. d. fr.* 22, § 5; *Paul. fr.* 30, *qui test. fac.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 7, *de b. p. sec. tab.* — (3) *Ulp. fr.* 21, *qui test. fac.* — (4) *Theod. et Valent. C.* 21, § 2, *de testam.*

sion de biens que celui-ci accorde, comme exécuteur du droit civil [901].

§ VI.

538. Pour concourir comme témoin à la confection d'un testament, il faut être au nombre des personnes avec qui le testateur a faction de testament., *cum quibus testamenti factio est* [718]. Cependant ces personnes ne sont pas toutes admissibles comme témoins testamentaires. On excepte :

1° Les femmes. Elles peuvent témoigner en justice (1); mais, hors le cas de nécessité, on ne les admet point à la discussion et à la solennité des affaires civiles.

2° Les impubères, les fous, les muets, les sourds. Ils sont dans l'impossibilité soit de concevoir, soit d'entendre, soit de rapporter ce qui se passe en leur présence.

3° Les prodigues à qui l'on a interdit l'administration de leurs biens. Ne pouvant rien aliéner, incapables de manciper, ils deviennent par là même incapables de tester (2); mais rien ne les empêche d'acquérir par testament. Leur témoignage paraîtrait donc admissible comme celui des fils de famille qui sont incapables de tester. Ulpien (3) se contente de dire qu'ils n'ont pas faction de testament, en ce sens qu'ils n'ont pas le droit de tester. Peut-être faut-il distinguer ici les personnes qui, comme les fils de famille, n'ont jamais eu ce droit, et celles qui, comme les prodigues, ne l'ont pas conservé.

4° Ceux qui ont été déclarés *improbos intestabilesque* (4) après avoir été condamnés, soit *ob carmen famosum*, soit pour adultère ou pour concussion (5). Ils perdent en même temps le droit de tester et de concourir à la confection d'aucun testament (6), comme les prodigues.

5° Les esclaves. Ils ne concourent point à la confection des testaments, parce que de leur chef ils ne participent en rien au droit civil (7).

§ VII.

539. Néanmoins la présence d'un esclave parmi les témoins ne vicie pas toujours le testament ; on modifie la rigueur des

(1) *Ulp. fr.* 20, § 6, *qui test. fac.* — (2) *Ulp.* 20 *reg.* 13 — (3) *Fr.* 18, *qui test. fac.* — (4) *Text. hic; Gaius, fr.* 26, *qui test. fac.* — (5) *Ulp. d. fr.* 18, § 1, *eod.; Paul. et Pap. fr.* 14 *et* 15, *de testib.* — (6) *Ulp. d. fr.* 18, *pr. et* § 2, *qui test. fac.* — (7) *Ulp. fr.* 20, § 7, *qui test. fac.*

principes dans les circonstances que notre texte explique suffisamment.

Observons seulement que l'esclave dont il s'agit était considéré comme libre à l'époque de la confection du testament (*testamenti.... faciendi tempore*). En effet, c'est au moment de la rédaction qu'il faut examiner la capacité des témoins, sans s'occuper des incapacités qui existeront au décès du testateur ou dans tout autre temps (1).

§§ VIII et IX.

540. Nous avons parlé des incapacités absolues qui empêchent une personne de figurer comme témoin dans aucun testament. Ici se présentent les prohibitions relatives, par suite desquelles les témoins qui peuvent, en général, concourir à la confection des testaments, ne doivent pas être appelés par certains testateurs.

Ainsi le père ne peut prendre pour témoin aucun des enfants soumis à sa puissance. On réprouve en pareille circonstance le témoignage des membres de la famille (*domesticum testimonium*), parce qu'ils n'ont tous entre eux qu'une seule et même propriété, celle des biens dont le testateur va disposer.

Lorsqu'un fils de famille dispose de son pécule castrans ou quasi castrans [512 et 513], peut-il prendre pour témoins les membres de sa famille, par exemple, son père ou ses frères? Ulpien (2) répond affirmativement, sans doute parce qu'il s'arrête moins au lien de puissance paternelle qu'à la copropriété qui existe entre les membres d'une même famille, mais dont le pécule castrans se trouve excepté. Gaïus, au contraire, exclut du nombre des témoins l'ascendant sous la puissance duquel se trouve le testateur, ainsi que tous les membres de la même famille (3), et Justinien, qui a conservé au Digeste la première décision, reproduit ici la seconde.

541. Si les membres d'une même famille sont respectivement inadmissibles comme témoins du testament que ferait l'un d'eux, rien ne les empêche de concourir ensemble au testament d'un étranger (*alieno negotio*). Ainsi, lorsqu'on réprouve le *domesticum testimonium*, c'est à raison du lien qui unit les témoins avec le testateur, sans égard au lien qui les unit entre eux.

(1) *Ulp. fr.* 22, § 1, *eod.* — (2) *Fr.* 20, § 2, *qui test. fac.* — (3) 2 *inst.* 106.

§ X.

542. Dans le testament *per æs et libram*, l'*emptor familiæ* et tous les membres de sa famille ont toujours été inadmissibles comme témoins d'une acquisition qui les intéressait personnellement. On ne voulait pas qu'ils pussent *sibi quodammodo testimonia præstare* (1); mais ce principe ne parut pas toujours applicable à l'héritier. Sous ce rapport, il importe d'observer quelle part celui-ci prenait à la mancipation.

Dans les premiers temps l'héritier, n'étant autre que l'acheteur lui-même, se trouva exclu du nombre des témoins, non comme héritier, mais comme *emptor familiæ*. Plus tard on distingua l'acheteur et l'héritier [530], et l'on considéra ce dernier comme étranger à un acte qui se passait alors entre le testateur et l'*emptor familiæ*, c'est-à-dire la mancipation qui formait toujours la partie essentielle du testament. Toutefois Gaïus (2), en reconnaissant aussi que l'héritier peut servir de témoin, invite à ne point user d'une semblable faculté, et ce conseil de Gaïus devient, sous Justinien, une règle impérative. Ce prince exclut avec raison le témoignage de l'héritier; car dans le testament tripartit il n'existe plus de mancipation, plus d'acheteur intermédiaire entre le testateur et l'héritier. Conséquemment toutes les opérations consécutives du testament se passent aujourd'hui *inter testatorem et heredem*, comme autrefois *inter testatorem et familiæ emptorem* (3). Ainsi, à l'exemple de l'acheteur, l'héritier et les membres de sa famille sont exclus du nombre des témoins, et par les mêmes motifs, afin qu'ils ne témoignent pas dans leur propre cause.

§ XI.

543. Les légataires et fidéicommissaires, en faveur de qui le testateur fait différentes dispositions, ont toujours été admissibles comme témoins, de même que les tuteurs nommés dans le testament (4). En effet, *non juris successores sunt;* ils ne représentent point la personne du testateur, et ne succèdent point à l'ensemble de ses droits. On n'a donc pas cru devoir écarter leur

(1) *Text. hic; Ulp.* 20 *reg.* 4 *et* 3. — (2) 2 *inst.* 103, 105 *et* 108. — (3) *Gaius*, 2 *inst.* 105; *Ulp.* 20 *reg.* 3. — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 108; *Ulp. fr.* 20, *qui test. fac.*

témoignage, malgré l'intérêt indirect qu'ils ont à la validité du testament (*a*).

(*a*) Justinien confirme à cet égard l'ancien droit par une constitution qu'il mentionne (*text. hic*), mais qui ne nous est point parvenue. La seule qui nous reste est de Zénon (*C.* 22, *de testam.*).

TITRE XI.

DU TESTAMENT MILITAIRE.

Les formalités ainsi prescrites pour la confection des testaments ne s'appliquent pas aux militaires; les constitutions impériales les en ont dispensés, à cause de leur trop grande inexpérience. Ainsi, quoiqu'ils n'appellent pas le nombre de témoins exigé par la loi, et qu'ils n'observent aucune autre solennité, leur testament n'en est pas moins valable, pourvu qu'ils soient alors en campagne, comme l'a sagement exigé notre constitution. Leur dernière volonté, de quelque manière qu'elle soit manifestée, par écrit, ou sans écrit, constitue donc un testament valable.

Mais lorsque, dégagés de toute expédition, ils résident, soit chez eux, soit ailleurs, rien ne les autorise à invoquer un pareil privilége. Il est vrai que le service militaire procure, même aux fils de famille, la faculté de tester, mais en se conformant au droit commun et en observant les formalités que nous avons précédemment expliquées pour les testaments bourgeois.

1. Un rescrit relatif aux testa-

TITULUS XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principalibus remissa est: nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, *videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit*. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus.

Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur; sed testari quidem, etsi filii familiarum sunt, propter militiam conceduntur, jure tamen communi eadem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

1. Plane de testamentis mi-

litum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit : « Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles de cujus bonis apud te quæritur, si convocatis ad hoc hominibus ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est ut declararet quem vellet sibi heredem esse, et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum, si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui : « Ego te heredem facio, » aut « Bona mea tibi relinquo, » non oportet hoc pro testamento observari; nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit, et per hoc vera judicia subverterentur. »

ments militaires, et adressé par l'empereur Trajan à Statilius Sévère, est ainsi conçu : « Le privilége accordé aux militaires pour valider le testament par eux fait sous quelque forme que ce soit, doit être entendu en ce sens, qu'il faut d'abord constater la confection d'un testament, qui peut être fait sans écrit, même par ceux qui ne sont pas militaires. Si donc le militaire dont les biens sont disputés devant vous, après avoir rassemblé plusieurs personnes pour leur déclarer sa volonté, s'est exprimé de façon à faire connaître l'héritier qu'il voulait avoir, l'esclave qu'il gratifiait de la liberté, on peut le considérer comme ayant fait de cette manière un testament verbal, et sa volonté doit être observée. Du reste, si, comme il arrive quelquefois dans la conversation, il a dit à quelqu'un : « Je vous institue mon héritier, » ou : « Je vous laisse mes biens », ce propos ne doit pas obtenir l'effet d'un testament, et personne n'est plus intéressé que ceux qui jouissent du susdit privilége, à ce qu'on n'admette point un pareil exemple. Autrement il ne serait pas difficile, après la mort d'un militaire, de trouver des témoins affirmant l'avoir entendu dire qu'il laissait son bien à telle personne que bon leur semble, ce qui fausserait les véritables intentions du défunt. »

2. Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

2. Bien plus, un militaire sourd et muet peut faire un testament.

3. Ce privilége n'est accordé par les constitutions impériales qu'aux militaires qui sont encore au service et dans les camps : mais le vétéran qui a obtenu son congé, et les militaires qui sont encore au service, doivent faire leur testament d'après les règles communes à tous les citoyens romains. Quant au testament fait dans les camps, non d'après le droit commun, mais au gré du testateur, il ne vaudra que pendant un an à partir du congé. Si le testateur décède dans l'année, et que la condition imposée à l'héritier ne s'accomplisse qu'après l'année, le testament vaudra-t-il comme testament militaire? On décide affirmativement.

4. Si le testateur a fait, avant d'entrer au service, un testament irrégulier, qu'ensuite, devenu militaire et faisant campagne, il le rouvre, y ajoute ou en retranche quelque chose, ou s'il manifeste de toute autre manière la volonté qu'il a, lui militaire, de valider ce testament, il faut décider qu'il vaudra comme nouvelle disposition d'un militaire.

5. Enfin, lorsqu'un militaire se donne en adrogation, ou lorsqu'étant fils de famille, on l'émancipe, son testament vaut comme nouvelle disposition d'un militaire, et la *capitis deminutio* ne le rend pas inutile.

6. On saura qu'à l'exemple du pécule castrans, les lois antérieures et les constitutions impériales avaient accordé à certains fils de famille des pécules quasi

3. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent; et quod in castris fecerint testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

4. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus *et in expeditione degens* resignavit illud, et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum quasi ex nova militis voluntate.

5. Denique et si in adrogationem datus fuerit miles, vel filius familias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

6. * Sciendum tamen est quod, * ad exemplum castrensis peculii, * tam anteriores leges quam principales constitutiones, quibusdam

* quasi castrensia dederunt peculia, * et quorum quibusdam permissum * erat etiam in potestate degentibus * testari. * Quod nostra constitutio latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari quidem, sed jure communi : cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

castrans, et avaient permis à quelques uns d'entre eux de tester, quoique se trouvant encore en puissance. Notre constitution, étendant cette faculté, permet à tout fils de famille de tester sur les susdits pécules exclusivement, mais d'après le droit commun. La lecture de cette constitution ne laissera rien à désirer sur ce qui tient au droit susénoncé.

EXPLICATION.

PR.

544. Les militaires, en vertu d'une exception motivée par leur grande inexpérience des affaires ([1]), ou, ce qui est plus vraisemblable, par les dangers de leur profession ([2]), et peut-être par l'importance politique qu'elle avait acquise sous les empereurs; les militaires, dis-je, peuvent tester sans observer aucune espèce de forme. Cette exception est pour eux la conséquence d'un privilége général, en vertu duquel les dernières dispositions d'un militaire sont indépendantes de toutes les règles qui, dans le droit commun, dominent la volonté du testateur. En effet, le testament d'un militaire *valet ex voluntate ejus* ([3]).

Ce privilége, primitivement accordé par Jules César, ne fut d'abord qu'une concession temporaire, renouvelée par Titus et par Domitien, transformée en règle générale par Nerva, puis enfin confirmée par Trajan ([4]), et ce qu'il faut remarquer, c'est aussi à l'occasion du service militaire que les fils de famille ont obtenu le droit de tester [553].

§ I.

545. La volonté du militaire est donc la seule règle de son testament, mais au moins faut-il que cette volonté soit constatée. Aussi l'empereur Trajan n'admet-il pas comme disposition testamentaire ces propos vagues qu'un homme tient souvent sans

([1]) *Text. hic; Gaius,* 2 *inst.* 109. — ([2]) *Ulp. fr.* 1, *de b. p. ex test. mil.* — ([3]) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, *h. t.* — ([4]) *Ulp. fr.* 1, *h. t.*

importance dans une simple conversation (*ut sermonibus fieri solet*) ; propos bien différents de la volonté qu'un testateur manifeste en exprimant des intentions précises, et en déclarant, par exemple, quels héritiers il institue, quels esclaves il affranchit. Dans ce cas et autres semblables, la volonté certaine, quoique purement verbale, constitue un testament valable (*a*); car il s'agit uniquement de prouver que le militaire a voulu tester (*constare... testamentum factum esse*). Cette preuve se fait par un écrit quelconque, ou sans écriture par des témoins qui n'ont pas besoin de se trouver réunis au nombre fixé pour les testaments ordinaires (1), ni même d'avoir été spécialement convoqués pour la confection d'un testament. A la vérité, le militaire dont parle notre texte avait déclaré ses dernières volontés *convocatis ad hoc hominibus;* mais cette circonstance n'est prise en considération que parce qu'elle indique une intention sérieuse. La convocation des témoins est donc un fait énoncé par le rescrit, plutôt qu'une condition exigée comme elle l'a été précédemment [533].

546. En un mot, les témoins interviennent ici pour la preuve et non pour la solennité de l'acte ; il serait donc inutile d'en appeler aucun pour le testament écrit ; mais il en faut deux pour le testament verbal, parce que la déposition d'un témoin unique est toujours insuffisante (2).

§ II.

547. L'état militaire donne la faculté de tester à plusieurs personnes, qui n'en jouissent point d'après les règles générales. Tels sont les fils de famille [553], les citoyens condamnés à raison d'un délit militaire, et ceux qui doutent de leur état, c'est-à-dire qui ne savent pas précisément s'ils sont *sui* ou *alieni juris* (3), enfin les sourds et les muets.

(1) *Pr., h. t.* — (2) *Paul. fr.* 20, *de quæst.; Constant. C.* 9, § 1, *de testib.* V. *Ulp. fr.* 12, *de testib.* — (3) *Ulp. fr.* 11, *pr.*, §§ 1 *et* 2, *de test. mil.*

(*a*) La validité du testament qu'un militaire fait *sine scriptura* paraîtra d'autant moins douteuse, que tout citoyen, même non militaire, peut tester dans la forme nuncupative [536]. Tel est le sens de cette phrase *quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest*, phrase qui n'est pas exactement la même pour tous les éditeurs. La plupart admettent dans le texte un second *et* (*quod* ET *sine scriptura* ET *a non militantibus, etc.*), que quelques uns veulent changer en UT. La leçon de Cujas supprime toute discussion sur la nécessité, d'ailleurs très douteuse de cette rectification.

Un militaire *surdus* ou *mutus* ne peut pas être sourd ou muet de naissance ; car il n'aurait jamais été admis dans l'armée. Il s'agit donc des soldats qui, devenant sourds ou muets par accident, restent militaires jusqu'au moment où ils sont réformés [1].

C'est dans cet intervalle seulement que les sourds ou les muets pouvaient tester, parce qu'ils se trouvaient alors dispensés de toutes les règles. Dans tout autre temps, en effet, les sourds et les muets étaient dans l'impossibilité d'accomplir les solennités du droit commun ; aussi, pour les mettre en état de tester, Justinien fut-il obligé d'établir, en leur faveur, des formes particulières [560].

§ III.

548. Le privilége dont il est question dans ce titre n'appartient, à proprement parler, qu'aux militaires, et si d'autres personnes qui suivent l'armée, sans en faire partie, ont le même droit, ce n'est que temporairement, c'est-à-dire pour le testament qu'elles font à l'armée et lorsqu'elles y décèdent. Cette distinction prouve que les militaires jouissaient de leur privilége en tous lieux et en tous temps ; mais Justinien le restreint au temps que les militaires passent *in castris* ou dans une expédition [2]. Partout ailleurs, le militaire en activité de service (*adhuc militantes*) ne diffère plus du vétéran ; ils rentrent donc l'un comme l'autre dans le droit commun [3].

On est militaire, et conséquemment on jouit du privilége attaché à cette qualité, depuis le moment où l'on a été porté sur les rôles, *in numeris*, jusqu'à la délivrance du congé qui donne le titre de vétéran. Les recrues, *tirones*, ne deviennent militaires qu'après avoir été enrégimentées [4].

549. Les militaires peuvent être congédiés à titre de récompense, ou comme incapables, ou enfin comme indignes de servir. Certains officiers reçoivent un successeur sans obtenir un congé proprement dit. Ces distinctions servent à déterminer le délai après lequel cessera de valoir le testament des militaires congédiés ; car il ne conserve sa force que pendant un an *post missionem*, ce qui suppose l'obtention d'un congé, et même

[1] *Ulp. fr.* 44, *eod.; fr.* 1, *de b. p. ex test. mil.* — [2] *Pr. et* § 4, *h. t.* — [3] *Text. hic; Justin. C.* 17, *h. t.* V. *Anton. C.* 1; *Constant. C.* 16, *eod.* — [4] *Ulp. fr.* 42, *de test. mil.*

d'un congé honorable : en effet, ce délai ne s'applique ni à l'officier qui reçoit un successeur, ni au militaire renvoyé comme indigne de servir. Le testament qu'ils ont fait comme militaires cesse de valoir dès qu'ils ont perdu ce titre (1).

Ainsi, lorsqu'il ne meurt pas dans l'année, le vétéran doit faire un nouveau testament. S'il décède avant l'expiration de l'année, le testament produit son effet en déférant l'hérédité aux institués; mais un militaire, comme tout autre testateur, peut instituer conditionnellement (2), et dans ce cas l'hérédité n'est déférée qu'à l'événement de la condition. Aussi, quoique le testateur fût mort dans l'année, a-t-on mis en question la validité du testament dont la condition ne s'était réalisée qu'après l'année. On a décidé que la mort du testateur, dans le délai fixé, confirme le testament qu'il a fait comme militaire, indépendamment de l'époque où l'hérédité sera déférée par l'événement de la condition; parce qu'en réalité il ne s'agit pas de savoir si le testament a produit son effet, mais si le testateur a dû tester de nouveau. Or cette obligation, ne commençant qu'après l'année, n'existe pas pour celui qui meurt dans ce délai.

§§ IV, V et VI.

550. Un militaire, avant d'entrer au service, teste sans observer les formes requises (*non jure*). Ce testament nul sera-t-il validé par cela seul que le testateur devenu militaire a le droit de tester sans formalité? La négative n'est pas douteuse; nous verrons bientôt [557] que la capacité acquise par le testateur après la confection du testament n'en corrige pas les vices. Le militaire dont nous parlons devra donc tester de nouveau. Sur ce point nulle difficulté.

Mais on suppose que, devenu militaire, et dans le cours d'une campagne, c'est-à-dire dans une circonstance où sa volonté formerait seule un testament valable, il ouvre les tablettes où sont écrites ses dispositions antérieures, y fait quelque addition ou suppression, ou enfin manifeste d'une manière quelconque la volonté de faire valoir cet ancien testament. Il vaudra, en effet, non par suite des anciennes intentions qui s'y trouvaient inutilement consignées, mais *ex nova militis voluntate*, parce que le testateur, devenu militaire, a manifesté une volonté

(1) *Afric. fr.* 21; *Marc. fr.* 26, *eod.* — (2) § 9, *de her. inst.*

nouvelle qui devient elle-même un testament ; car, pour un militaire affranchi de toutes les formes, confirmer un ancien testament, c'est le refaire (¹).

Nous expliquerons le § 6 avec le *pr.* du titre suivant [553], et le § 5 avec le § 4 du titre XVII [642].

(¹) *Ulp. fr.* 6, § 6, *de injust. rupt.*

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint : exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentium sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervæ, nec non optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est, veteranis concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint.

TITRE XII.

DES PERSONNES A QUI L'ON NE PERMET PAS DE FAIRE UN TESTAMENT.

Il n'est pas permis à toute personne de faire un testament. Et d'abord les personnes soumises à la puissance d'autrui n'ont pas ce droit, et même avec la permission de leurs ascendants, elles n'en seraient pas moins incapables de tester légalement. Sont exceptés ceux que nous avons précédemment énumérés, et particulièrement les militaires soumis à la puissance paternelle, qui d'après les constitutions impériales, peuvent disposer par testament des biens acquis dans les camps. Ce droit ne fut originairement donné qu'aux militaires en activité, par autorisation d'Auguste et de Nerva, ainsi que de l'excellent empereur Trajan; mais plus tard, il fut aussi concédé, par Adrien, aux militaires congédiés, c'est-à-dire aux vétérans. Ainsi le pécule castrans dont les fils de famille auront disposé par testament appartiendra à l'héritier qu'ils auront choisi.

Mais s'ils décèdent intestats, sans laisser ni enfants ni frères, ce pécule appartiendra, d'après le droit commun, au père.

On conçoit d'après cela que les biens acquis dans les camps, par les militaires soumis à la puissance paternelle, ne pourront ni leur être ôtés par le père, ni être vendus ou aucunement atteints par ses créanciers; et qu'à la mort du père ils n'appartiendront pas en commun à tous les enfants, mais resteront propres à celui qui les avait acquis dans les camps. D'après le droit civil, au contraire, le pécule de tous les fils de famille était compris dans les biens du père, comme le pécule des esclaves dans les biens du maître.

A l'exception toutefois des acquisitions qui, d'après les constitutions impériales, et surtout d'après les nôtres, cessent en différents cas, d'appartenir au père.

Ainsi, hormis ceux qui ont un pécule castrans ou quasi castrans, tout autre fils de famille ne ferait qu'un testament inutile, même pour le cas où il deviendrait indépendant avant de mourir.

1. Sont aussi incapables de tester, les impubères, parce qu'ils n'ont aucun jugement; les fous, parce qu'ils manquent de sens; et peu importe qu'avant de mourir l'impubère ait atteint la puberté, et que le fou ait recouvré sa raison. Quant aux fous, ils sont capables de tester dans un intervalle lucide, mais la validité du testament qu'ils

* Si vero intestati decesserint, * nullis liberis vel fratribus super* stitibus, ad parentes eorum jure * communi pertinebit. *

Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse; sed scilicet proprium ejus esse qui in castris adquisierit, quamquam jure civili omnium qui in potestate parentium sunt, peculia perinde in bonis parentium computentur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur.

Exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus, et præcipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur.

Præter hos igitur qui castrense vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est; licet suæ potestatis factus decesserit.

1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent: nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint tes-

tamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur : certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.

2. Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod ante fecerit quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.

3. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit; non qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe autem etiam litterati et eruditi homines variis causis et audiendi et loquendi facultatem amittunt : unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere quæ eis permissa sunt.

Sed si quis post testamentum factum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

4. * Cœcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justini patris nostri introduxit. *

5. Ejus qui apud hostes est

ont fait avant de devenir fous ne souffre aucun doute; car la folie survenue postérieurement ne détruit ni le testament, ni aucun autre acte régulièrement fait.

2. Pareillement, le prodigue auquel on a interdit l'administration de ses biens ne peut pas tester; mais le testament qu'il a fait avant l'interdiction reste valable.

3. Pareillement le sourd et le muet ne peuvent pas toujours tester. Nous parlons ici du sourd qui n'entend absolument rien, non de celui qui entend difficilement, de même que l'on désigne sous le nom de muet celui qui est complétement incapable de parler, et non pas celui qui parle avec peine. Souvent, d'ailleurs, des hommes lettrés, des érudits perdent, par divers accidents, la faculté d'entendre et de parler : aussi, notre constitution est-elle venue à leur secours, afin qu'ils puissent, en certains cas, tester suivant les formes qu'elle détermine, et faire les autres actes qui leur sont permis.

Si quelqu'un, après la confection d'un testament, devient muet ou sourd, soit par maladie, soit par tout autre accident, son testament n'en reste pas moins valide.

4. Quant aux aveugles, ils ne peuvent tester qu'en observant les formes établies par une loi de l'empereur Justin notre père.

5. Quand on est chez l'ennemi,

le testament qu'on y fait n'est pas valable, même en cas de retour; mais le testament qu'on a fait dans sa patrie vaut, en cas de retour, par droit de *postliminium*, ou en cas de mort chez l'ennemi, d'après la loi Cornélia.

testamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit; sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

EXPLICATION.

PR.

551. On observerait en vain les formes exigées pour la confection d'un testament, si l'on n'avait pas le droit de tester. Justinien, plus fidèle à l'ordre matériel des Institutes de Gaïus qu'à l'ordre logique indiqué par ce dernier ([1]), va donc s'occuper ici de la capacité nécessaire au testateur.

La faction de testament ou le droit de tester n'existe que pour les personnes à qui on l'a formellement accordé. Ainsi l'incapacité, indépendante de toute prohibition s'étend, dans cette matière, sur tous ceux *quibus non est permissum facere testamentum.* En effet, les lois n'ont jamais ôté à personne le droit de tester : elles l'ont, au contraire, accordé à différentes classes de citoyens qui ne l'avaient point encore.

552. La loi des Douze Tables ne pouvait donner ce droit de tester qu'aux pères de famille, puisqu'eux seuls étaient propriétaires. Les fils de famille, n'ayant rien en propre, ne laissaient jamais ni hérédité ni héritiers : aussi restèrent-ils incapables de tester ([2]). Et dans la suite, lorsqu'on leur attribua des biens particuliers, le droit d'en disposer par testament ne fut point pour eux la conséquence nécessaire de la propriété : il résulta uniquement des concessions expresses du législateur, concessions que ne remplace pas le consentement du père de famille ([3]). Cependant ce consentement suffit aux personnes *alieni juris*, pour aliéner, même par donation à cause de mort ([4]), parce qu'en général le consentement du propriétaire

([1]) *2 inst.* 114 ; *fr.* 4, *qui test. fac.* — ([2]) *Ulp.* 20 *reg.* 10. — ([3]) *Text. hic.* — ([4]) *Pomp. fr.* 9, § 2 ; *Marcian. fr.* 25, § 1, *de mort. caus.*

suffit pour une aliénation qui n'intéresse que lui [392]; mais il en est autrement du testament, parce qu'il intervertit l'ordre légal des successions. C'est une loi que le testateur fait pour sa propre hérédité, et cet exercice du pouvoir législatif reste indépendant de la volonté des particuliers, parce qu'il tient au droit public (1).

553. Auguste, Nerva et Trajan ont permis aux fils de famille de disposer, même par testament, des biens qu'ils ont acquis *in castris* ou, en d'autres termes, de leur pécule castrans. Cette permission n'exista primitivement pour les fils de famille que pendant le temps où ils faisaient partie de l'armée; c'est Adrien qui a conservé la faction de testament aux vétérans, en ce sens qu'ils ont pu tester quoique fils de famille, mais *jure communi*, en observant les formes ordinaires et les autres règles du testament civil.

Dans le Bas-Empire, les fils de famille ont eu en outre un pécule quasi castrans [513], et cependant la faculté d'en disposer par testament n'a d'abord été accordée que par exception, à quelques uns d'eux (*horum quibusdam*). C'est en 531 seulement que Justinien a autorisé tous les fils de famille à disposer de leur pécule quasi-castrans, comme de leur pécule castrans (2).

Antérieurement, et dès l'année 529, l'Empereur leur avait attribué la nue-propriété de tous les biens dont l'acquisition ne provient pas *ex re patris*, mais en leur accordant ainsi un pécule adventice [514], il ne leur avait point permis d'en disposer par testament (3).

554. Ainsi, les biens castrans et quasi castrans sont les seuls dont l'acquisition donne aux fils de famille la possibilité de faire un testament valable. Ils peuvent donc, et ont toujours pu avoir, pour le pécule castrans, un héritier testamentaire, quoiqu'ils n'eussent pas d'héritiers légitimes : en effet, lorsqu'ils décédaient intestats, le pécule castrans restait au père de famille comme s'il lui avait toujours appartenu [512].

Tel n'est cependant pas le principe auquel Justinien se réfère ici en déclarant que le pécule castrans appartiendra au père *jure communi*. L'empereur veut dire que le père recueillera les biens castrans, comme les autres biens du défunt, d'après

(1) *Pap. fr. 3, qui test. fac.; Ulp. fr. 45, §1, de reg. jur.* — (2) § 6, *de mil. test.; C. 12, qui test. fac.; C. 37. de inoff. test.* — (3) *C. 11, qui test. fac.*

la règle générale des successions [846], c'est-à-dire en troisième ordre, lorsque le défunt ne laisse ni descendants, ni frères, *nullis liberis vel fratribus superstitibus* (a).

§ I.

555. Malgré la faction de testament accordée aux pères de famille, plusieurs d'entre eux sont, par exception, dans l'impossibilité de tester. Tels sont les impubères, les fous, et, en général, tous ceux qui ne sont pas sains d'esprit, les prodigues, les personnes affectées de certaines infirmités, et les prisonniers de guerre (1). Remarquons toutefois que la folie ou les infirmités survenues, et l'interdiction prononcée après la confection du testament, n'infirment pas les dispositions antérieures (2). Faut-il en conclure qu'il suffit d'avoir eu faction de testament à l'époque de la confection, et que le testament, une fois fait, doit subsister indépendamment de la capacité que le testateur perdra ou conservera dans la suite? Non, sans doute: ce n'est pas toujours impunément que le testateur perd le droit de tester (3). Toutes les fois qu'il cesse d'être libre, citoyen ou père de famille, son testament est infirmé [641], mais le testateur *capite minutus* diffère essentiellement du testateur qui devient fou, prodigue ou infirme. Ce dernier reste citoyen et *sui juris;* conséquemment il est toujours dans le cas de laisser une hérédité et des héritiers, tandis qu'un père de famille *capite minutus* n'a plus aucune succession à transmettre. Dès lors son testament devient sans objet.

556. Il faut donc distinguer, dans les circonstances qui rendent un citoyen habile à tester, deux conditions, dont l'une tient au droit et l'autre à l'exercice du droit. La première constitue la faction de testament qui appartient à tout père de fa-

(1) *Text. hic;* §§ 2, 3, 4 *et* 6, *h. t.; Paul.* 3 *sent.* 4, § 11.— (2) *Text. hic;* §§ 2 *et* 3; *h. t.* — (3) § 4, *quib. mod. test. infirm.*

(a) *Text. hic;* § 2, *de acquis. per adrog.; Justin. C.* 11, *commun. de success.* Une autre interprétation, qu'on attribue mal à propos à Cujas, explique ces mots *jure communi* comme s'ils conservaient au père de famille son ancien privilége. Cette interprétation est d'autant moins admissible, que la même expression se prend toujours par opposition au droit exceptionnel qui régit le testament militaire, et par suite le pécule castrans (V. *pr. et* § 6, *de mil. test.; Paul. fr.* 8, § 4, *de jur. codic.; Cuj. in not.*).

mille, en cette seule qualité; elle donne, à proprement parler, le droit d'avoir un testament plutôt que la faculté de le faire. L'exercice du droit, au contraire, suppose la réunion de certaines conditions de fait que la loi ne donne point, et dont l'absence nous empêche non pas d'avoir, mais seulement de faire un testament, en sorte que nous conservons le testament antérieurement fait par nous ou pour nous (*a*). En appliquant cette distinction, nous dirons que le droit doit exister à l'époque de la confection du testament, et continuer pendant toute la vie du testateur [641]; tandis que les facultés nécessaires pour l'exercice du droit ne sont exigées qu'au moment où on l'exerce, c'est-à-dire à l'époque de la confection.

557. Nous venons de dire que le testateur doit avoir, au moment de la confection du testament, le droit et même l'exercice du droit de tester. Ainsi le testament fait, soit par un fils de famille qui n'a point de pécule castrans ou quasi castrans, soit par un père de famille impubère ou en démence, serait nul, quand même le testateur mourrait *suï juris*, pubère ou sain d'esprit. Dans ce cas, sans doute, il acquiert une capacité qu'il n'avait pas d'abord (1), et dont il pourra profiter pour tester valablement; mais s'il n'exerce pas ce droit nouveau, le testament qu'il a fait à une époque d'incapacité n'acquerra par aucun laps de temps la validité qui lui manque (2).

558. Voyons maintenant les différentes causes qui empêchent d'exercer la faction du testament.

Les fous, *quia mente carent*, sont évidemment incapables de tester, si ce n'est dans les intervalles lucides qui interrompent la folie.

Les impubères ne sont pas précisément dans le même cas, puisqu'on leur reconnaît quelquefois un commencement d'intelligence (3). Toutefois ils n'ont pas encore cet *animi judicium* qui est nécessaire pour acquérir l'hérédité d'autrui [268], et, à plus forte raison, pour transmettre la sienne. Les pupilles sont donc incapables de tester (*b*), non comme les fous, *quia mente*

(1) *Text. hic; pr. h. t.* V. *Modest. fr.* 19, *qui test. fac.* -- (2) *Ulp. fr.* 19, *eod.* V. *Paul. fr.* 29; *Lic. Ruf. fr.* 210, *de reg. jur.* — (3) § 10, *de inutil. stip.*

(*a*) Nous verrons plus loin, au titre 16 *de pupillari substitutione*, dans quel cas et par qui peut être fait le testament d'un pupille ou d'un fou.

(*b*) Les pupilles peuvent acquérir l'hérédité d'autrui lorsqu'ils sont autorisés par

carent, mais *quia nullum eorum* ANIMI JUDICIUM *est*, ou *quoniam nondum plenum* JUDICIUM ANIMI *habent* (1).

§ II.

559. L'interdiction d'un prodigue le rend incapable d'aliéner, et conséquemment de manciper. Dès lors il lui est impossible de tester *per æs et libram* (2), et l'incapacité a subsisté lors même que la confection du testament ne supposait plus aucune mancipation.

§ III.

560. Les muets, incapables de prononcer les paroles solennelles de la nuncupation; les sourds, incapables d'entendre celles que prononçait le *familiæ emptor*, n'ont jamais testé *per æs et libram* (3). L'impossibilité où ils se trouvent, les uns de requérir, et les autres d'entendre les témoins, les empêcha également de tester d'après le droit prétorien. Les sourds et les muets ne pouvaient donc tester que lorsqu'ils se trouvaient dispensés des formes ordinaires, soit comme militaires [547], soit en vertu d'une exception accordée par le prince (4).

Justinien distingue à cet égard entre les sourds-muets de naissance, et ceux qui ont perdu par accident la faculté de parler et d'entendre. Les premiers restent dans leur incapacité primitive; les seconds pourront tester, mais seulement par écrit. Quant aux muets qui ne sont pas sourds, ou réciproquement, ils pourront tester, les muets par écrit, les sourds avec la même liberté que tous autres citoyens (5). Ainsi l'empereur accorde l'exer-

(1) *Text. hic; Ulp.* 20 *reg.* 12. — (2) *Ulp.* 20 *reg.* 13. — (3) *Ulp. ibid.* — (4) *Æmil. Mac. fr.* 7, *qui test. fac.* — (5) *Justin, C.* 10, *eod.*

---

leur tuteur (§ 1, *de auct. tut.*), tandis que la même autorisation ne valide pas leur testament. Cette différence tient-elle à la nature du testament? Et parce que cet acte doit exprimer la volonté du testateur (*Modest. fr.* 1, *qui test. fac.; Ulp.* 20 *reg.* 1), exclut-il nécessairement toute approbation accessoire, et par exemple l'autorisation du tuteur? Non, sans doute, puisque pareille autorisation était exigée dans l'ancien droit pour le testament des femmes nubiles (*Ulp.* 20 *reg* 15; *Gaius* 1 *inst.* 192, 193). Si les impubères ne testent point avec autorisation de tuteur, c'est qu'il est bien moins important pour eux de transmettre leur propre hérédité que d'acquérir celle d'autrui. En les empêchant de tester, on ne les expose à aucun autre danger que celui de mourir intestats, et encore la substitution pupillaire y pourvoit-elle souvent (V. *pr. de pupill. subst.*).

cice de la faction de testament à tous ceux qui ont un moyen quelconque de manifester leurs intentions.

Observez, dans le texte, quelles sont les personnes que l'on considère comme véritablement sourdes ou muettes.

§ IV.

561. Les aveugles ont toujours pu tester dans la forme nuncupative, parce que rien ne les empêche de requérir et d'entendre les témoins (1); cependant, pour éviter les fraudes que la cécité peut favoriser, Justin, père adoptif de Justinien, a exigé (2), pour le testament des aveugles, plusieurs solennités additionnelles aux formes du testament nuncupatif.

Sauf ce que nous avons vu jusqu'ici, ni la vieillesse, ni aucune autre infirmité n'empêchent de tester; car, s'il faut être sain d'esprit à l'époque de la confection, la santé du corps est indifférente (3).

§ V.

562. Le citoyen romain, prisonnier des ennemis, n'est chez eux qu'un esclave (4). De là plusieurs questions sur la validité du testament qu'il a fait, soit avant, soit pendant sa captivité.

Un testament, valable dès l'origine, est nécessairement infirmé lorsque le testateur devient esclave [641]. Le testament qu'un prisonnier de guerre a fait *dum in civitate fuerat*, serait donc inutile s'il n'existait pas à cet égard deux fictions, dont l'une s'applique au prisonnier qui revient, et l'autre au prisonnier mort chez l'ennemi. Le premier est réputé, par l'effet du *postliminium* [193], n'avoir jamais quitté le territoire romain, et conséquemment n'avoir pas été esclave. Quant au testateur décédé chez l'ennemi, on le suppose mort à l'instant même de sa captivité, et par conséquent dans l'intégrité de ses droits (5). Cette fiction, introduite en 673 par la loi Cornélia, qui porte le nom du dictateur Cornelius Sylla, conserve le testament en faisant rétroagir le décès à une époque où le testateur était encore libre et *sui juris*. Autrement, en effet, le testateur prisonnier, et par cela même esclave, aurait cessé d'avoir un testament.

(1) *Paul. 3 sent. 4, § 3.* — (2) *C. 8, qui test. fac.* — (3) *Javol. fr. 2; Diocl. et Max. c. 3, eod.* — (4) *Paul. 3 sent. 4, § 8.* — (5) *Ulp. fr. 18; Pap. fr. 10, de captiv. et postlim.*

563. Le testament qu'un prisonnier de guerre a fait chez l'ennemi ne peut valoir même en cas de retour (*quamvis redierit*). Ainsi, dans ce cas, le *postliminium* reste impuissant. On dit, pour expliquer cette décision, que le prisonnier était esclave, et que le testament d'un esclave, comme celui d'un fils de famille, ne peut obtenir plus tard la validité qui lui a manqué dans l'origine [557]. Ce principe n'avance pas la solution, car il s'agit précisément de savoir si le prisonnier a été esclave, et d'après la fiction du *postliminium*, si elle était applicable, le testateur n'aurait pas même été prisonnier [193], Le *postliminium* est ici sans application, parce qu'il s'agit de savoir, non pas uniquement si le prisonnier a eu un droit, mais s'il a pu l'exercer; or l'exercice de nos droits est un fait pour lequel il n'existe point de *postliminium* [474]. Le prisonnier n'avait donc l'exercice d'aucun droit, ce qui suffit pour l'empêcher de tester [557].

TITRE XIII.

DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS.

Il ne suffit pas, pour la validité du testament, d'observer les règles ci-dessus exposées; mais lorsqu'on a un fils en sa puissance, il faut avoir soin de l'instituer héritier ou de le déshériter nommément. Autrement, si on le passe sous silence, le testament sera nul et tellement nul que, malgré le prédécès du fils et la survie du père, personne ne pourra en profiter pour devenir héritier, parce qu'il n'a eu dès le principe aucune validité. A l'égard des filles et des autres enfants de l'un ou de l'autre sexe, descendants par mâles, l'antiquité n'avait pas suivi la même règle. En effet, lorsqu'ils n'étaient ni institués ni déshérités, au lieu

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit hæc observatio quam supra exposuimus; sed qui filium in potestate habet, curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur : adeo quidem ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus, antiquitati fuerat observatum :

sed si non fuerant scripti heredes scriptæve vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus autem adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere : nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur : « TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, » sive ita : « FILIUS MEUS EXHERES ESTO, » non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

d'infirmer le testament, on leur donnait le droit d'accroissement pour une portion déterminée. On n'était pas non plus obligé de les déshériter nommément; une exhérédation collective suffisait. On déshérite nommément en disant : « Mon fils Titius sera déshérité », ou bien : « Mon fils sera déshérité», sans indiquer son nom propre, pourvu toutefois qu'on n'ait pas d'autre fils.

1. Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis, sive feminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum; sed postea adgnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur : ideoque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus postumæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant : dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps,

1. On doit aussi instituer ou déshériter les enfants posthumes : et ils sont tous assimilés en ce point que l'omission, soit d'un fils, soit de tout autre enfant posthume de l'un ou de l'autre sexe, n'empêche pas le testament de valoir, mais que l'agnation d'un posthume mâle ou femelle venant ensuite le rompre, il se trouve alors totalement infirmé. Si donc la femme dont on espérait un posthume de l'un ou de l'autre sexe fait une fausse couche, rien n'empêche les héritiers institués de recueillir l'hérédité. La fille ou petite-fille posthume pouvait être déshéritée nommément ou collectivement, pourvu cependant, qu'en la déshéritant collectivement, on lui léguât quelque chose, afin qu'elle ne parût point omise par oubli. Quant aux posthumes mâles, soit fils ou petit-fils, on a décidé qu'on ne pourrait les exhé-

réder que nommément, c'est-à-dire de cette manière : « Tout fils qui me naîtra sera déshérité. »

2. Sont assimilés aux posthumes les enfants qui, prenant la place d'un héritier sien, deviennent, par quasi-agnation, héritiers siens de leurs ascendants. Par exemple, lorsqu'on a sous sa puissance un fils et avec lui ses enfants de l'un ou de l'autre sexe, comme le fils est le plus proche en degré, c'est à lui seul qu'appartiennent les droits d'héritier sien, quoique ses enfants se trouvent avec lui sous la même puissance; mais si le père mourait avant le père de famille, ou sortait de puissance par tout autre moyen, alors ses enfants viendraient prendre sa place, et obtiendraient ainsi par quasi agnation les droits d'héritier sien. Pour éviter, dans ce cas, la rupture de son testament, l'aïeul, qui, pour ne point faire un testament nul, doit instituer ou déshériter nommément son fils, devra pareillement instituer ou déshériter les enfants de son fils, afin que les petits-fils ou petites-filles qui prendraient la place de leur père, si celui-ci prédécédait, ne viennent point par leur quasi-agnation rompre le testament. C'est ce qu'a décidé la loi Julia Velléia, qui, en même temps, a indiqué un mode d'exhérédation semblable à l'exhérédation des posthumes.

3. Quant aux enfants émanci-

placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo : « QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO. »

2. Postumorum autem loco sunt, et hi qui in sui heredis locum succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce, si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum. Idque lege Junia Velleia provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.

3. Emancipatos liberos jure

civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed prætor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet, virilis sexus nominatim, feminini vero et inter ceteros; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita ut diximus exheredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

pés, le droit civil n'oblige ni à les instituer ni à les déshériter, parce qu'ils ne sont pas héritiers siens. Mais le préteur exige que tous les enfants de l'un ou de l'autre sexe, lorsqu'ils ne sont pas institués, soient déshérités, savoir, les mâles nommément, les femmes nommément ou collectivement; et s'ils ne sont ni institués, ni déshérités de la manière susdite, le préteur leur accorde la possession de biens *contra tabulas*.

4. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti: itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos numerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere neque exheredare necesse sit; cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

4. Les adoptés, tant qu'ils restent sous la puissance du père adoptif, ont les mêmes droits que les enfants nés de justes noces. Il faut donc les instituer héritiers ou les déshériter, conformément aux règles établies pour les enfants naturels; mais lorsqu'ils sont émancipés par le père adoptif, ils ne sont plus comptés parmi ses enfants ni par le droit civil ni par l'édit prétorien. Il en résulte, en sens inverse, qu'à l'égard du père naturel, les enfants, tant qu'ils sont dans une famille adoptive, sont considérés comme des étrangers qu'on n'est obligé ni d'instituer ni de déshériter; mais une fois émancipés par le père adoptif, ils sont dès lors dans la position des enfants émancipés par le père naturel.

5. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia

5. Telles étaient les règles anciennement admises; mais nous avons pensé qu'on ne doit faire à cet égard aucune distinction entre les mâles et les femmes,

puisque chaque sexe, suivant les fonctions que lui attribue la nature, concourt également à la procréation des hommes. En effet, l'ancienne loi des Douze Tables leur déférait indistinctement la succession des intestats, et les préteurs ont adopté plus tard le même principe. En conséquence, une de nos constitutions a introduit un droit simple et uniforme, tant pour les fils que pour les filles et autres descendants par mâles, soit déjà nés, soit posthumes : tous, sans distinction de siens ou d'émancipés, devront être institués ou déshérités nommément, et auront, pour infirmer le testament de leurs ascendants et pour obtenir l'hérédité, le même privilége que les fils siens ou émancipés, soit qu'ils se trouvent déjà nés, soit qu'étant encore dans le sein maternel, ils viennent à naître postérieurement. Quant aux enfants adoptifs, nous avons introduit une distinction contenue dans la constitution qui les concerne spécialement.

utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua Duodecim Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum natis sed etiam postumis, introduxit : ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur, et eumdem habeant effectum circa testamenta parentium suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

6. Si, dans le cours d'une campagne, un militaire qui a des enfants et qui ne l'ignore pas, fait son testament, sans déshériter nommément ses enfants nés ou posthumes, le silence qu'il garde à leur égard équivaut à une exhérédation expresse; les constitutions impériales l'ont ainsi décidé.

6. Sed si *in expeditione occupatus* miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

7. La mère ou l'aïeul maternel n'ont pas besoin d'instituer ou de déshériter leurs enfants : ils peuvent les passer sous silence; car le silence de la mère, de l'aïeul ou de tout autre ascendant maternel équivaut à l'exhérédation du père. En effet, la mère qui n'institue pas son fils ou sa fille, l'aïeul qui

7. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, sed possunt eos omittere : nam silentium matris aut avi materni et ceterorum per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim

matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit; sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

n'institue pas les enfants de sa fille, n'est pas dans la nécessité de les déshériter, soit qu'on examine le droit civil, ou l'édit par lequel le préteur accorde aux enfants omis la possession de biens *contra tabulas*. Cependant il leur reste un autre recours dont il sera bientôt question.

EXPLICATION.

PR.

564. L'objet spécial du testament consiste dans la disposition de l'hérédité; le testateur doit nécessairement choisir un ou plusieurs héritiers, et puisque sa volonté fait loi, il semble que rien ne devrait limiter la liberté du choix. Effectivement, d'après la loi des Douze Tables, il suffisait au père de famille d'instituer un héritier pour lui transmettre l'hérédité, et par conséquent pour en exclure tous ceux qui n'y étaient pas expressément appelés; mais ce pouvoir du père de famille a été modifié par l'interprétation des prudents.

Les jurisconsultes supposèrent entre les membres de la même famille une communauté de biens dont le père est l'administrateur plutôt que le maître, les fils de famille étant en quelque sorte considérés comme propriétaires des biens de leur père, même de son vivant. Il en résulte que sa mort ne leur fait rien acquérir, qu'ils ne deviennent pas propriétaires, mais continuent de l'être en conservant un patrimoine qui leur appartenait déjà [1]; et parce que chez les anciens *heres* était synonyme de *dominus* [2], les fils de famille dont le père vit encore pren-

[1] § 2, *de her. qualit.*; § 3. *de her. quæ ab intest.* V. *Paul. fr.* 11, *de lib. et post.* — [2] § 7, *de her. qualit.*

nent le titre d'héritiers par anticipation, car, en réalité, les vivants ne peuvent avoir ni hérédité ni héritiers. Si l'hérédité appartenait réellement aux fils de famille du vivant de leur père, ce dernier ne pourrait pas tester : aussi n'a-t-on pas conduit la fiction jusqu'à ses dernières conséquences. On l'admet et l'on en profite, non pour détruire le droit du père de famille, mais pour le modifier, en ce sens que les fils de famille ne seront plus écartés de l'hérédité par cela seul que le testament paternel ne la leur donne pas. Pour empêcher l'hérédité de rester aux enfants qui l'ont déjà, il faut au moins que le testateur les en dépouille en les déshéritant ; de là vient, pour quiconque a un fils en sa puissance, l'obligation alternative de l'instituer ou de l'exhéréder expressément, sans quoi le testament est nul.

En effet, quand même le fils omis par son père viendrait à prédécéder, le testament resterait toujours nul, *quia scilicet ab initio non constiterit*, dit Justinien, en confirmant l'opinion des Sabiniens. Les Proculéiens, au contraire, n'admettaient la nullité du testament que dans l'intérêt du fils omis, et seulement lorsqu'il survivait pour faire obstacle aux héritiers institués [1]. L'opinion des Sabiniens paraît avoir prévalu dès le temps d'Ulpien et de Paul [2]. Cependant Papinien [3] se rapproche beaucoup du système contraire, lorsqu'il décide que le testament sera exécuté malgré l'omission du fils, si ce dernier, après avoir survécu, s'abstient de l'hérédité paternelle.

565. Les enfants qui n'ont été ni institués ni régulièrement exhérédés, sont omis ou prétérits, lors même que le testateur ne les a pas complétement oubliés [569]. Parmi les enfants soumis à la puissance du testateur, il n'y avait que les fils dont l'omission entraînât la nullité du testament. Les filles et les petits-enfants omis avaient *jus adcrescendi ad certam portionem*, c'est-à-dire le droit de concourir pour une portion déterminée avec les héritiers institués. Ainsi le testament, dans ce dernier cas, produisait un effet partiel. Quel que soit le véritable motif de cette différence entre le fils et les autres enfants soumis à la puissance du même chef, il faut observer qu'elle coïncide avec une distinction précédente : en effet, la puissance paternelle constituait à l'égard du fils un lien plus fort qu'à l'égard de tous autres descendants, puisqu'il fallait trois man-

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 123. — (2) *Ulp.* 22 *reg.* 16 ; *Paul. fr.* 7 *et* 31, *de lib. et post.* — (3) *Fr.* 17, *de injust. rupt.*

cipations pour mettre le fils hors de la famille [108], et une exhérédation formelle pour l'exclure de l'hérédité. Le fils omis la conservait tout entière, tandis que les filles et les petits-enfants n'en conservaient, ainsi qu'on vient de le voir, qu'une partie.

Cette partie variait suivant qu'ils concouraient avec des étrangers ou avec d'autres membres de la famille institués par le défunt. Dans ce dernier cas, les filles ou les petits-enfants omis prenaient une part virile, c'est-à-dire qu'ils comptaient tous ensemble pour une tête ajoutée au nombre des héritiers siens institués. Ainsi les filles et les petits-enfants omis avaient la moitié, lorsqu'ils concouraient avec un seul héritier sien; le tiers, le quart ou le cinquième, lorsqu'ils concouraient avec deux, trois ou quatre héritiers siens, et ainsi de suite. Quant aux institués étrangers, leur nombre était indifférent; les droits que leur déférait l'institution étaient toujours réduits de moitié par le concours des filles ou des petits-enfants omis [1].

566. On voit d'après cela que l'exhérédation des enfants n'avait pas toujours le même but. Celle du fils validait le testament, celle des autres descendants leur ôtait le droit de concourir avec les institués. Il y avait aussi, pour le mode d'exhérédation, cette autre différence, que le fils devait être déshérité nommément, de la manière expliquée dans notre texte; tandis qu'à l'égard des filles ou des petits-enfants, il suffisait de les déshériter *inter ceteros*, c'est-à-dire qu'après avoir statué nommément sur un ou plusieurs membres de sa famille, le testateur pouvait se contenter d'ajouter CETERI EXHEREDES SUNTO [2].

Ce qu'on a dit des petits-enfants s'applique à ceux dont le père était décédé ou sorti de la famille avant que l'aïeul fît son testament. En effet, le droit des petits-enfants aux biens de la famille ou à l'hérédité de l'aïeul paternel n'est autre que le droit de leur père, et ce droit ne leur appartient qu'à son défaut, lorsqu'il est sorti de la famille, soit par prédécès, soit par CAPITIS DEMINUTIO : alors sa place est occupée par ses propres enfants, qui deviennent SUI HEREDES de l'aïeul paternel [3]. Dans le cas contraire, les petits-fils et petites-filles sont *sui*, parce qu'ils sont sous la puissance de l'aïeul paternel, mais ils

[1] *Gaius*, 2 *inst.* 124; *Ulp.* 22, *reg.* 17; *Paul.* 3 *sent.* 4, § 8. — [2] *Paul. fr.* 23, *de lib. et post.* — [3] §§ 2 *et* 6, *de her. quæ ab intest.*; § 2, *de her. qualit.*

ne sont point *heredes* : aussi n'est-ce pas eux, mais leur père qu'il faut déshériter ([1]), sauf ce que nous dirons plus loin sur les §§ 1 et 2 ; car, indépendamment des héritiers qui existent dans la famille du testateur à l'époque de la confection du testament, il peut en survenir d'autres, même après sa mort.

§ I.

567. Les descendants qui surviennent après la confection du testament se nomment posthumes, lors même qu'ils naissent pendant la vie du testateur (*a*). Toutefois les enfants nés après la mort du père de famille sont les seuls auxquels s'applique la qualification de posthume, prise dans son sens le plus étroit ([2]); et ce sont les seuls aussi dont on s'occupe ici, parce qu'ils naissent à une époque où le défunt ne peut plus faire un nouveau testament.

Leurs droits, dans la famille, se déterminent d'après l'époque de la conception : ainsi, quoique né après la mort du testateur, le posthume antérieurement conçu est héritier sien, *suus heres* ([3]), en ce sens qu'il a sur les biens de la famille les mêmes droits qu'un autre enfant né avant la confection du testament, droits dont l'existence à cette époque aurait causé la nullité du testament, et dont la réalisation subséquente occasionne sa rupture. En effet, le testament valable cesse de l'être par agnation, c'est-à-dire par l'arrivée dans la famille d'un héritier sien, quels que soient d'ailleurs son sexe et son degré ; car *in eo par omnium conditio est.* Ainsi l'existence conditionnelle des posthumes n'empêche pas le père de tester valablement ; son testament vaut, mais ensuite il se rompt ([4]) par l'agnation des nouveaux héritiers qui surviennent dans la famille. Conséquemment si la femme *ex qua postumus vel postuma sperabatur*, fait une fausse couche, le testament reste valable ; tandis que le prédécès d'un fils omis, lorsqu'il était déjà né, ne répare pas le vice primitif des dispositions paternelles [564]. Enfin, le testament rompu par la survenance d'un posthume de l'un ou de l'autre sexe (*agna-*

([1]) *Paul. fr.* 9, § 2, *de lib. et post.* — ([2]) *Ulp. fr.* 3, *de injust. rup.; fr.* 16, § 5. *de testam. tut.* — ([3]) *Ulp.* 22 *reg.* 15. — ([4]) *Text. hic ; Ulp.* 22 *reg.* 18.

(*a*) *Ulp. fr.* 12, *de injust. rupt.; Pomp. fr.* 8, *de post. et liber.* Postumus n'a pas d'autre sens que *posterior* et *postremus.* Voyez Cujas (3 *obs.* 4) et Brisson (*de verb. signif.*).

tione postumi sive postumæ) est infirmé pour le tout (*ea ratione totum infirmatur*), tandis que l'omission d'une fille ou d'un petit-fils déjà nés n'empêche pas le testament de conserver un effet partiel [565].

568. On évite la nullité du testament en instituant ou déshéritant le fils qu'on a sous sa puissance ; pareillement, pour éviter la rupture, il faut instituer ou exhéréder les posthumes. Toutefois cette précaution fut longtemps impossible, soit parce que aucune disposition testamentaire ne pouvait concerner les personnes incertaines, au nombre desquelles sont les enfants à naître [723], soit parce qu'il était impossible d'ôter le titre d'héritier à ceux qui ne l'avaient point encore. La survenance d'un posthume entraînait donc une rupture inévitable, soit qu'il naquît avant ou après la mort du testateur. Dans le premier cas, le testament pouvait être recommencé ; dans le second, au contraire, la rupture était irréparable. Ne pouvant remédier à cette infirmation, les prudents cherchèrent à la prévenir ; ils admirent une fiction qui considère comme déjà nés, non seulement à la mort du testateur, mais à la confection même du testament, les descendants qui viennent prendre, après le décès, le titre et les droits d'héritiers siens. On les nomma posthumes siens par opposition à ceux qui, s'ils naissaient du vivant du testateur, ne naîtraient pas sous sa puissance. Ces derniers se nomment posthumes externes [723]. Leur institution, inutile à la sûreté du testament, resta prohibée, du moins par le droit civil [724] ; mais on autorisa, quant aux posthumes siens, toute sorte de dispositions. On put donc instituer ces derniers ou les déshériter, leur laisser un legs, leur donner un tuteur [213], le tout en vertu de la fiction qui les considère *pro jam natis* (1).

569. L'agnation de tous les posthumes siens produisant toujours le même effet [567], tous doivent être également déshérités ; mais le mode d'exhérédation varie seulement à raison du sexe et sans aucune distinction de degré. Ainsi l'exhérédation des mâles doit toujours être nominative, en ce sens qu'on doit les désigner individuellement, du moins autant que possible, par cette formule : *quicumque mihi filius genitus fuerit*. Pour les posthumes du sexe féminin, l'exhérédation *inter ceteros* suffit ; mais comme elle frappe en masse une postérité que le

(1) *Ulp.* 22 *reg.* 15 ; *Paul.* 3 *sent.* 4, § 10 ; *Gaius*, 1 *inst.* 147.

testateur n'a point sous les yeux, et qu'elle peut atteindre des enfants auxquels il n'a pas même pensé, cette exhérédation collective n'exclut, parmi les posthumes du sexe féminin, que les personnes dont le testateur s'est occupé en léguant à chacune d'elles un objet quelconque, *ne viderentur prœteritœ esse per oblivionem* [1].

§ II.

570. L'institution et l'exhérédation des posthumes siens, nés après le décès du testateur, avaient été permises par un motif de nécessité qui ne s'appliquait point aux héritiers siens nés depuis la confection du testament, mais avant la mort du testateur : effectivement celui-ci pouvait recommencer le testament rompu par leur agnation. Cependant, pour éviter cette rupture, il fut aussi permis de les instituer ou de les déshériter; mais cette permission ne vint pas des prudents. Elle fut donnée par la loi Junia Velléia, qui assimila aux posthumes dont nous avons déjà parlé [569]: 1° les posthumes Velléiens, nés entre la confection du testament et la mort du testateur; 2° les quasi-posthumes. Cette dernière qualification s'applique aux petits-enfants qui deviennent héritiers siens de leur aïeul, en prenant la place de leur père, lorsque celui-ci décède ou sort de la famille entre les deux époques susdites. Ils se trouvent alors *postumorum loco* [2].

L'agnation des posthumes Velléiens et des quasi-posthumes rompait nécessairement le testament (*a*); mais depuis la loi Junia Velléia, on a pu les instituer ou les exhéréder, et prévenir ainsi la rupture [3]. La loi a même expliqué qu'on pourrait exhéréder les quasi-posthumes comme on exhérède les posthumes

[1] *Text. hic.* V. *Ulp.* 22, *reg.* 2 *et* 22. — [2] *Text. hic*; V. *Scœv. fr.* 29, §§ 11, 12 *et* 13, *de lib. et post.* — [3] *Gaius, fr.* 13, *de injust. rupt.*

(*a*) Aucune exhérédation ne pouvait atteindre les personnes qui n'existaient pas à l'époque de la confection du testament, ni même les petits-enfants dont le père se trouvait sous la puissance de l'aïeul testateur; mais on a toujours pu instituer ces derniers, et j'en conclurais qu'ils ne rompaient pas *quasi agnascendo* le testament dans lequel ils étaient institués, si le contraire ne résultait pas expressément de Gaius (2 *inst.* 140, 141, 142) [634].

La loi Junia Velléia, que plusieurs textes appellent mal à propos Julia (*Ulp.* 22 *reg.* 19), a été portée sur la fin du règne d'Auguste, l'an de Rome 763, pendant le consulat de Junius Silanus et de C. Velleius, ou, selon quelques auteurs, l'an de Rome 799.

(*ad similitudinem postumorum*), c'est-à-dire nommément ou *inter ceteros*, suivant le sexe, et en observant de faire un legs aux filles ou petites-filles qu'on déshérite *inter ceteros* (1).

571. On distingue encore plusieurs classes de quasi-posthumes. Tels sont entre autres les petits-enfants qui, à la mort de l'aïeul, retombent sous la puissance du fils, deviennent ses héritiers siens, et infirment, lorsqu'ils n'ont point été institués ou déshérités, le testament que leur père, encore fils de famille, aurait fait sur son pécule castrans ou quasi castrans (2). Tels sont aussi les étrangers que le testateur adopte après la confection du testament, comme on le verra plus loin [633].

§ III.

572. Justinien s'est occupé jusqu'ici du droit civil et des héritiers siens, parmi lesquels ne comptent plus les enfants sortis de la famille. Aussi l'institution ou l'exhérédation des émancipés n'est-elle pas exigée par le droit civil; mais le droit prétorien n'oppose jamais la petite CAPITIS DEMINUTIO aux descendants du testateur qui, bien que séparés de sa famille, ne cessent pas pour cela d'être ses enfants. En conséquence, le préteur assimile aux héritiers siens les enfants sortis de la famille du testateur par émancipation, ou de toute autre manière (*a*). Les petits-enfants que l'aïeul a conservés sous sa puissance, lorsque leur père en est sorti, et réciproquement ceux que l'aïeul a mis hors de sa famille en y retenant le père, ne sont pas, à proprement parler, sortis de la puissance de ce dernier, puisqu'ils n'y ont jamais été soumis; cependant ils sont toujours ses enfants, et le préteur leur en accorde tous les droits (3). L'émancipation du père ne préjudicie pas davantage aux enfants qu'il a eus depuis son émancipation; le droit honoraire les admet à la succession de l'aïeul, comme les y admettrait le droit civil, si leur père n'était pas CAPITE MINUTUS (4).

(1) *Text. hic, Gaius*, 2 *inst.* 134, — (2) *Tryph. fr.* 28, § 1, *de lib. et post.; Tertull. fr.* 33, § 3, *de test mil.* — (3) *Paul. et Gaius, fr.* 6 § 2; *fr.* 7 *de b. p. contr. tab.; Modest. fr.* 21, *eod.; Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.* — (4) *Ulp., fr.* 3, *pr. et* 5; *Paul. fr.* 6, *de b. p. contr. tab.*

(*a*) *Ulp. fr.* 1, § 8, *b. p. contra tab.* Pourvu cependant qu'ils jouissent des droits civils; car ceux que la grande ou la moyenne *capitis deminutio* a privés du titre de citoyens ne peuvent succéder qu'après l'avoir recouvrée (*Ulp. d. fr.* 1, § 9; *Hermog. fr.* 2, *eod.*). Observez qu'ici, et dans les §§ 10 *et* 12, *de hered. quæ ab intest.*, Justinien ne parle que des émancipés, ce qui est beaucoup trop restreint.

En un mot, le préteur, sans s'arrêter aux effets d'une petite *capitis deminutio* qu'il ne veut opposer à personne (1), admet indistinctement comme héritiers siens ceux qui sont véritablement tels, et tous ceux à qui le droit civil ne dénie cette qualité que par suite de la petite CAPITIS DEMINUTIO (2).

573. Pour assurer l'effet du testament, il faut donc instituer ou déshériter les enfants dont nous parlons, savoir, les mâles nommément, les femmes nommément ou *inter ceteros*. Alors le préteur n'accorde aucune protection, et l'enfant régulièrement exhérédé n'a plus d'autre ressource que la plainte d'inofficiosité (3), dont nous parlerons ci-après (*tit.* 18). Dans le cas contraire, le préteur autorise ceux qui n'ont été ni institués ni régulièrement déshérités, à faire rescinder le testament pour obtenir la possession de biens dite CONTRA TABULAS (4).

En effet, l'exhérédation n'est pas ici, comme dans le droit civil, une formalité essentielle, requise à peine de nullité. Le testament subsiste aux yeux du préteur, quoique susceptible d'être attaqué, et par suite de rester sans effet. Toutefois, dans ce cas même, la possession de biens que le préteur accorde *contra tabulas*, c'est-à-dire contre les dispositions du testateur, suppose l'existence d'un testament et se distingue, au moins par le nom, de la possession de biens *unde liberi* qui se donne aux mêmes personnes, lorsqu'il n'existe aucun testament [820], *si tabulæ testamenti nullæ extabunt*.

574. De là il résulte qu'un testament absolument nul d'après le droit civil par l'omission d'un fils, sera cependant exécuté par le préteur, si le fils omis ne demande pas la possession de biens (5). Il en est de même lorsque le posthume, dont la naissance a rompu le testament, décède avant le testateur (6). Réciproquement aussi, la possession de biens sera donnée à tous les enfants omis, sans excepter ni les filles ni les petits enfants qui, en cas d'omission, avaient le *jus adcrescendi* [565]. Le préteur leur accordait la possession de biens pour toute la succession : mais le bénéfice de la possession *contra tabulas*, obtenue par les filles ou par les petits-enfants, a été restreint par Antonin le Pieux, à la portion que le droit civil leur accordait en les admettant à concourir avec les institués (7).

(1) *Nulli obstat; Pomp. d. fr.* 5, § 1. — (2) *Paul. fr.* 9, § 2, *de b. p. contra tab.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 8 ; *fr.* 10, § 5, *eod.* — (4) *Text. hic;* § 12, *de her. quæ ab intest.* — (5) *Ulp. fr.* 2, *de b. p. sec. tab.* — (6) *Ulp. fr.* 12, *de inj. rupt.* — (7) *Gaius,* 2 *inst.* 126.

Les enfants institués pour une portion quelconque ne demandent point directement la possession *contra tabulas;* mais lorsque ce droit s'ouvre pour un enfant omis, soit que ce dernier demande ou non la possession de biens, les enfants institués peuvent provoquer la rescision, et obtenir ainsi, par l'omission d'un autre, ce qu'ils n'obtiendraient pas en vertu de leur propre institution ([1]).

§ IV.

575. La position des enfants adoptés varie suivant qu'il s'agit pour eux de succéder au père naturel ou au père adoptif.

Tant que dure l'adoption, ils ont dans la famille adoptive, soit d'après la loi civile, soit d'après l'édit du préteur, les mêmes droits que les enfants nés dans cette famille *ex justis nuptiis* ([2]). Réciproquement aussi, comme on n'appartient pas en même temps à deux familles différentes, le droit civil et le droit prétorien s'accordent à considérer les enfants adoptifs comme étrangers au père naturel ([3]).

L'adoption une fois dissoute, ils redeviennent totalement étrangers à la famille adoptive, et le préteur les admet à la succession du père naturel, pourvu toutefois qu'ils soient sortis de la famille adoptive avant son décès [824, etc.].

§ V.

576. Justinien supprime ici trois différences qui existaient précédemment,

1° Entre le fils dont l'omission annulait le testament, et les filles ou petits-enfants qui, en cas d'omission, avaient simplement le droit de concourir pour une portion avec les institués [565];

2° Entre le fils qui devait être exhérédé nommément, et les filles ou les petits-enfants qu'on pouvait déshériter *inter ceteros* [566].

3° Entre les posthumes mâles et les posthumes du sexe féminin, relativement au même objet [569].

Justinien exige à peine de nullité qu'ils soient tous exhérédés nommément : tous, c'est-à-dire tous ceux qui sont dans le

([1]) *Ulp. fr.* 2, § 11; *fr.* 8, § 14; *fr.* 10, § 6, *de b. p. contra tab.* — ([2]) *Text hic; Ulp. fr.* 1. *eod.* — ([3]) *Text. hic*; § 12, *de her. quæ ab int.; Ulp. fr.* 3, § 6, *de b. p. contra tab.*

cas d'être déshérités ou institués conformément aux règles ci-dessus [566, 568].

Quant à la distinction que Justinien dit avoir établie entre les enfants adoptifs, il entend parler de la différence, précédemment exposée [171], entre l'adoption faite par un ascendant et l'adoption faite par un étranger. Cette dernière ne change rien aux droits de famille. Ainsi, tout ce que nous avons dit précédemment des enfants adoptifs doit s'entendre de ceux qui passent sous la puissance de l'adoptant, comme y passaient autrefois tous les adoptés sans distinction, et comme y passent encore, même après la constitution de Justinien, les fils de famille adoptés par un de leurs ascendants et tous les adrogés [829].

§ VI.

577. Dans l'exhérédation, comme dans toutes les autres parties du testament militaire, la volonté du testateur, expresse ou tacite, est une loi souveraine. Ainsi, du silence qu'il a gardé sur ses enfants on induit qu'il a voulu les exhéréder, lorsqu'il savait avoir des enfants nés ou conçus (*non ignorans an habeat liberos*) : hors ce cas, on ne tire de son silence aucune présomption contraire à l'affection paternelle, et l'existence ou la survenance d'héritiers auxquels le testateur n'a point pensé annule dans un cas, ou infirme dans l'autre, le testament militaire (1).

§ VII.

578. Tout ce qu'on a dit sur ce titre, étant fondé sur les principes de la puissance paternelle, s'applique exclusivement aux héritiers siens et à ceux que le préteur considère comme tels : or, puisque les enfants ne sont jamais sous la puissance de la mère ni des ascendants maternels, ils ne peuvent en aucun cas devenir héritiers siens de ces derniers. Ainsi, pour empêcher leurs enfants ou petits-enfants de venir à l'hérédité, la mère et l'aïeul maternel n'ont pas besoin de les exclure ; il suffit de ne les point appeler. De là cet axiome, que le silence gardé par la mère ou par l'aïeul maternel produit les mêmes effets que l'exhérédation exprimée par le père : *silentium matris tantum facit quantum exheredatio patris.* Ainsi, l'omission

(1) *Ulp. fr. 7; Tertull. fr. 33, § 2; Paul. fr. 36, § 2; de test. mil.*

maternelle ne donne lieu ni à la nullité, ni à la rupture du testament, ni à la possession de biens *contra tabulas ;* mais comme le droit civil réserve la faculté d'attaquer une exhérédation injustement faite par le père, la même voie sera pareillement ouverte en cas d'omission non méritée, contre le testament maternel [645], comme nous le verrons au titre XVIII.

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et tam proprios quam alienos. Proprios autem, olim quidem secundum plurium sententias, non aliter quam cum libertate recte instituere licebat.

Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est : quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente.

Est tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : « Servum adulterio maculatum non jure

TITRE XIV.

DE L'INSTITUTION DES HÉRITIERS.

On peut instituer héritiers des hommes libres comme des esclaves, et ses propres esclaves comme ceux d'autrui. Quant à ses propres esclaves, autrefois, d'après l'opinion la plus générale, le maître ne les instituait pas régulièrement sans les affranchir.

Mais aujourd'hui une de nos constitutions permet de les instituer même sans affranchissement. Ce n'est point le désir d'innover qui nous a déterminé, mais un principe d'équité, principe admis par Atilicinus, suivant ce que Paul rapporte dans les écrits qu'il a laissés tant sur Masurius Sabinus que sur Plautius. On institue son propre esclave quand on institue l'esclave dont on n'a que la nue propriété et dont un autre a l'usufruit.

Il est cependant un cas où même avec affranchissement formel, l'institution d'un esclave par sa maîtresse est inutile, d'après une constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont voici les termes : « Tant que la sentence

n'est pas rendue, l'esclave coupable d'adultère n'est pas valablement affranchi dans le testament de la femme qui était accusée de complicité. La raison s'y oppose, et par suite l'institution d'héritier, conférée au même esclave par sa maîtresse, n'aura aucun effet. »

On institue l'esclave d'autrui, lorsqu'on institue l'esclave dont on n'a que l'usufruit.

1. L'esclave qui a été institué par son maître, et qui reste dans la même condition, devient, en vertu du testament, libre et héritier nécessaire : mais si le testateur l'affranchit avant de mourir, il peut faire ou ne pas faire adition d'hérédité, à son choix; car il ne devient pas héritier nécessaire, puisque l'hérédité et la liberté ne lui sont pas simultanément acquises en vertu du testament. S'il a été aliéné, c'est par ordre de son nouveau maître qu'il doit venir à l'hérédité, et alors c'est le maître qui devient héritier; car l'esclave aliéné par le testateur ne peut être ni libre ni héritier, bien que son institution ait été faite avec affranchissement. En effet, le testateur qui aliène l'esclave est censé se départir du don de la liberté. L'esclave d'autrui, lorsqu'on l'institue et qu'il reste dans la même condition, doit aussi venir à l'hérédité par ordre de son maître; s'il est aliéné avant ou même après la mort du testa-

testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem a domina collata institutio nullius momenti habeatur. »

Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.

1. Servus autem a domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest; quia non fit necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres : nam ipse alienatus neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit; destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet : si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini

adire; at si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.

teur, mais avant d'avoir fait adition, c'est par ordre de son nouveau maître qu'il doit la faire. Lorsqu'il est affranchi avant ou même après la mort du testateur, mais avant d'avoir fait adition, il peut la faire d'après sa propre volonté.

2. Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio; nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti : cum etiam ejus qui in utero est, servus recte heres instituitur.

2. L'esclave d'autrui est valablement institué, même après la mort de son maître, parce qu'on a aussi faction de testament avec les esclaves d'une hérédité : jusqu'à l'adition, en effet, l'hérédité représente la personne, non de l'héritier futur, mais du défunt. C'est ainsi qu'on institue valablement l'esclave d'un enfant conçu.

3. Servus plurium cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.

3. L'esclave appartenant à plusieurs maîtres avec lesquels on a faction de testament, lorsqu'il est institué par un étranger, acquiert l'hérédité à chacun des maîtres par ordre desquels il fait adition, et en raison de la part pour laquelle il appartient à chacun d'eux.

4. Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

4. On peut instituer un ou plusieurs héritiers, en tel nombre qu'on voudra.

5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc : uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet; nam tot

5. L'hérédité se divise ordinairement en douze onces, dont la réunion s'appelle as. Chaque fraction a aussi sa dénomination particulière, depuis l'once jusqu'à l'as, savoir, un douzième, un sixième, un quart, un tiers, cinq douzièmes, une moitié, sept douzièmes, deux tiers, trois quarts, cinq sixièmes, onze douzièmes. Toutefois, la division en douze onces n'est pas absolument né-

cessaire : car l'as se compose d'autant d'onces que veut le testateur ; et lorsqu'on institue un seul héritier pour six onces, par exemple, les six onces comprennent l'as entier. Personne, en effet, ne peut décéder, partie testat, partie intestat, à l'exception des militaires, dont le testament se règle exclusivement par la volonté du défunt. En sens inverse, on peut, pour diviser l'hérédité, augmenter autant qu'on le veut, le nombre des onces.

unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit : neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis, in quantascumque voluerit plurimas uncias, suam hereditatem dividere.

6. Entre plusieurs héritiers institués, la distribution des parts ne devient nécessaire qu'autant que le testateur ne veut pas les instituer par égales portions ; car il est certain qu'à défaut de parts désignées, les héritiers succèdent par égales portions. Mais lorsqu'on détermine la part de quelques uns seulement, celui qui se trouve institué sans attribution de part, recueille la fraction qui reste vacante ; et si plusieurs héritiers sont institués sans attribution de part, ils recueillent tous ensemble cette même fraction. Si, au contraire, l'as se trouve distribué tout entier entre quelques uns des institués, ceux-ci prennent une moitié, et celui ou ceux qui n'ont aucune part l'autre moitié. Peu importe que l'héritier institué sans attribution de part soit le premier, le second ou le dernier ; c'est toujours la part vacante qu'on est censé lui avoir donnée.

6. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse ; satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet ; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam ; nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit : ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere : ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset.

7. Que décidera-t-on s'il reste une part vacante, et que cependant personne ne soit institué sans attribution de part, par exemple, si trois héritiers sont institués chacun pour un quart. Il est certain que la portion vacante leur accroît tacitement en raison de leurs parts héréditaires, comme s'ils avaient été institués chacun pour un tiers. En sens inverse, s'il y a trop d'héritiers en raison des parts qui leur sont assignées, celles-ci décroissent proportionnellement. Ainsi, par exemple, quatre héritiers, institués chacun pour un tiers, seront considérés comme institués chacun pour un quart.

8. Et si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit : quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

8. Lorsqu'on a distribué plus de douze onces, l'héritier institué sans portion déterminée a ce qui reste du second as; et il en est de même si le second as se trouve épuisé. Toutes ces fractions se réduisent ensuite à un seul as, quel que soit le nombre d'onces.

9. Heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus, non potest, veluti : POST QUINQUENNIUM QUAM MORIAR, vel EX CALENDIS ILLIS, vel USQUE AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

9. Un héritier peut être institué ou purement ou sous condition; il ne peut l'être pour une époque ou jusqu'à une époque déterminée, par exemple : « Un tel sera mon héritier cinq ans après ma mort *ou* à telles calendes *ou* jusqu'à telles calendes. » Toutefois on considère le terme comme une addition superflue, et l'institution a son effet comme si elle était pure et simple.

10. Impossibilis conditio in institutionibus et legatis,

10. La condition impossible est réputée non écrite dans les insti-

tutions, dans les legs, ainsi que dans les fidéicommis et les affranchissements.

nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur.

11. Lorsqu'une institution est faite sous plusieurs conditions, il faut accomplir toutes celles qui sont exprimées conjointement, par exemple : « Si telles et telles choses arrivent. » Quant à celles qui sont exprimées disjonctivement, par exemple : « Si telle ou telle chose arrive », il suffit d'en accomplir une.

11. Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt : siquidem conjunctim, ut puta: SI ILLUD ET ILLUD FACTUM ERIT, omnibus parendum est; si separatim, veluti : SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est.

12. Le testateur peut instituer ceux qu'il n'a jamais vus. C'est ainsi, par exemple, qu'il instituerait, sans les connaître, les fils de son frère, nés en pays étranger; car cette ignorance du testateur n'annule pas l'institution.

12. Ii quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregri natos, ignorans qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

EXPLICATION.

PR.

579. Les règles établies dans le titre précédent s'appliquent aux testaments du père de famille ; nous avons maintenant à nous occuper d'une règle commune à tout testateur, quel qu'il soit, homme ou femme, père ou fils de famille. Effectivement, nul ne peut tester sans instituer un héritier, en désignant un successeur, un représentant direct de sa personne. Cette institution forme *caput atque fundamentum totius testamenti*, et sans elle le testament n'existe point ([1]).

On peut instituer les personnes avec qui l'on a faction de testament ([2]). Cette règle comprend plusieurs personnes qui, sans avoir le droit de disposer, sont susceptibles de recevoir *ex alieno testamento*, et d'acquérir, soit pour elles-mêmes lorsqu'elles sont *sui juris*, soit dans le cas contraire pour l'ascen-

([1]) § 34, *de legat.*; § 2, *de fideic. her.* — ([2]) *Ulp.* 22, *reg.* 1.

dant ou le maître dont elles dépendent [672, 718]. On peut donc instituer les fous, les impubères, et même l'esclave d'autrui; enfin, le testateur institue ses propres esclaves, en leur donnant la liberté afin qu'ils deviennent libres en même temps qu'héritiers (1).

580. Tant qu'il y eut des formules pour léguer, on ne connut pas d'affranchissement tacite; le maître qui instituait son esclave devait donc lui conférer expressément la liberté (2); mais Justinien considère la volonté d'affranchir comme suffisamment indiquée par le fait même de l'institution [89]. Du reste, expresse ou tacite, la manumission de l'esclave institué par son propre maître est toujours indispensable; car, si l'affranchissement se trouve impossible à l'époque de la confection du testament, l'institution reste nulle (*a*). Ainsi, par exemple, une femme accusée d'adultère décède avant la sentence, en instituant un de ses esclaves que l'on croit être son complice, mais qui lui-même n'est pas encore accusé, parce que les deux coupables ne peuvent être poursuivis que séparément et successivement (3). Dans cette hypothèse, Sévère et Antonin annulent l'affranchissement, et conséquemment l'institution, par un motif de convenance évident (*b*).

§ I.

581. L'institution des esclaves par leur maître suppose, comme nous l'avons vu, qu'on leur lègue en même temps la

(1) *Ulp. ibid.* 7. — (2) *Gaius,* 2 *inst.* 186, *etc.; Ulp.* 22, *rég.* 7. — (3) *Alex. C.* 7, *ad. leg. Jul. de adult.; Ulp. fr.* 17, § 6, *eod.*

(*a*) *Scævola, fr.* 83, *h. t.* Quant aux esclaves dont le testateur a seulement la nue propriété (*proprius autem servus*, etc.) ou l'usufruit (*alienus autem servus*, etc.), voyez l'explication du § 4 *de donat.* [497].

(*b*) *Rationis est* (*text. hic*). La torture est usitée pour arracher, en matière criminelle, les aveux d'un accusé libre ou esclave (*Pothier*, 48 *Pand.* 18, nos 3 et 4), et, en toutes matières, le témoignage des esclaves, qui cependant ne doivent pas être torturés contre leur maître, excepté dans certaines causes criminelles, notamment lorsqu'ils appartiennent à une femme accusée d'adultère. A cette occasion, et pour qu'une épouse infidèle ne puisse pas, en affranchissant ses esclaves, les soustraire à la torture et se garantir ainsi de leur déposition, la loi Julia défend aux femmes divorcées ou répudiées d'affranchir et même d'aliéner aucun esclave pendant les soixante jours accordés au mari pour accuser. (*Ulp. fr.* 12, *pr. et* § 6; *fr.* 14, § 1, 2, 3 *et* 4, *qui et a quib. man.*). Cette prohibition ne concerne pas l'esclave dont il s'agit ici; car puisqu'il est complice de l'adultère, ce n'est pas comme témoin, mais comme accusé qu'on l'appliquera à la question, et dans ce cas la qualité d'homme libre ne le soustrairait pas à la torture.

liberté; en sorte qu'ils deviennent, en vertu du testament, libres et héritiers nécessaires [88, 663].

Toutefois, si l'institution dépend de cette liberté simultanément acquise, c'est uniquement pour l'esclave qui reste sous la puissance du testateur (*in eadem causa*); dans ce cas, en effet, si l'espoir de la liberté s'évanouit, sa perte entraîne celle de l'hérédité. Si, au contraire, l'esclave institué change de position, alors l'institution, indépendante de la liberté, produit son effet pour l'institué lui-même, s'il est affranchi entre-vifs, s'il est aliéné, pour son nouveau maître.

Appliquons ces principes, en supposant un esclave institué purement et simplement, puis affranchi sous condition, par exemple, si tel vaisseau revient. Le naufrage, arrivé pendant que l'esclave appartient encore au testateur, fait défaillir la condition de l'affranchissement, et infirme l'institution qui ne produira plus aucun effet, soit que l'esclave reste ou non sous la puissance du testateur; mais s'il avait été aliéné ou affranchi avant le naufrage, l'institution se maintiendrait sur sa tête, quoique la manumission testamentaire fût devenue impossible (1).

582. Dans ces deux cas d'aliénation ou d'affranchissement, la liberté et l'hérédité ne sont plus pour l'esclave un effet simultané du testament; et dès lors, *cum utrumque ex domini testamento non consequatur*, il ne devient point héritier nécessaire, comme il le serait devenu en restant sous la puissance du testateur (*si in eadem causa manserit*). L'hérédité lui sera toujours déférée en vertu de l'institution : mais, au lieu d'être immédiatement et nécessairement acquise, elle le sera volontairement par une adition subséquente, que l'institué fera *suo arbitrio* s'il est devenu libre, ou *jussu novi domini* s'il est encore esclave; et alors ce n'est pas l'esclave, c'est le maître qui deviendra héritier sans avoir été institué (*ea ratione per eum dominus fit heres*).

Tout ceci s'applique également à l'esclave d'autrui qui change de condition. Quoique institué du chef de son maître, c'est-à-dire du maître qu'il avait à l'époque de la confection du testament, il emporte avec lui les avantages d'une institution attachée à sa personne, et l'espoir d'une hérédité qui ne peut jamais être acquise qu'à lui ou par lui : à lui-même, s'il

(1) *Julian. fr.* 38, §§ 2 *et* 3, *h. t.*

se trouve libre au moment de l'adition, et par lui, dans le cas contraire, au nouveau maître par ordre duquel il accepte, sans égard aux anciens maîtres qu'il aurait eus pendant la vie du testateur, et même dans l'intervalle (*vivo vel mortuo testatore antequam adeat*) qui a séparé la mort et l'adition d'hérédité. En effet, l'hérédité, jusqu'au moment où elle est acquise, *ambulat cum dominio* (1).

583. Remarquez la décision de notre texte relativement à l'esclave institué et ensuite aliéné par son propre maître : dans ce cas, le testateur est censé revenir sur la liberté qu'il avait donnée (*a libertatis datione*). C'est un changement de volonté qui révoque l'affranchissement, mais qui laisse subsister l'institution, parce que l'institution et le testament dont elle forme l'essence ne peuvent être infirmés que par les voies légales, et non par un simple changement de volonté [638]. Ce changement suffit au contraire pour révoquer un legs [757], et par suite la manumission testamentaire, du moins lorsque l'institution même ne dépend pas de la liberté; car, dans le cas contraire, le maître, incapable d'ôter directement l'hérédité, ne peut pas l'ôter indirectement en révoquant l'affranchissement de l'esclave qui est resté sous sa puissance (2).

§ II.

584. Comme la faction de testament n'existe avec les esclaves d'autrui que du chef de leur maître, on demande si l'on pourrait, après la mort d'un citoyen, instituer les esclaves qu'il laisse dans sa succession. Le doute à cet égard vient de ce qu'entre la mort du défunt et l'adition de l'héritier, il existe un intervalle pendant lequel l'hérédité se trouve vacante, c'est-à-dire sans maître, parce que les biens n'appartiennent plus au défunt, et n'appartiennent pas encore à l'institué, qui ne devient héritier que par l'adition. Dans cette position, et pour éviter les embarras de la vacance, on recourt à une fiction qui prolonge la vie et le domaine du défunt jusqu'au moment de l'adition. Ainsi jusque-là il suffit, pour instituer les esclaves du défunt, d'avoir eu faction de testament avec lui, quoiqu'on ne l'ait pas avec l'héritier futur (3). C'est en ce sens que l'hérédité

(1) *Ulp. fr.* 2, § 9, *de b. p. sec. tab.* — (2) *Julian. fr.* 13, § 1, *de lib. et post.*; *Ulp. fr.* 6, § 4, *h. t.* — (3) *Paul. fr.* 52, *h. t.*

vacante (*nondum adita*) représente la personne du défunt, et non pas celle de l'héritier futur (1). Pareillement, bien qu'on ne puisse pas instituer un posthume externe (2), on institue les esclaves d'un enfant conçu (*ejus qui in utero est*), ou plutôt les esclaves qui appartiendront à cet enfant au moment de sa naissance, lorsqu'il recueillera, comme posthume sien, l'hérédité de son père ou d'un ascendant paternel, sous la puissance duquel son père se trouvait à l'époque de la conception. Mais jusque-là cette hérédité est vacante, et les esclaves qui en dépendent n'appartiennent point encore au posthume; un testateur étranger peut donc les instituer du chef du défunt (3).

§ III.

585. L'esclave de plusieurs maîtres est valablement institué pour chacun de ceux avec qui le testateur a faction de testament; et tous ceux par ordre desquels il a fait adition acquièrent par lui l'hérédité, non toutefois par portions égales, mais en raison de leurs parts respectives dans la propriété de l'esclave : ce qu'il faut remarquer comme règle générale pour toutes les acquisitions d'un esclave commun (4).

L'esclave dont il s'agit ici est institué par un étranger (*ab extraneo*). Qu'arriverait-il s'il était institué par un des copropriétaires? Si le testateur lui confère en même temps la liberté, la décision de Justinien sur le droit d'accroissement se trouve applicable : alors l'esclave devient héritier et libre, sauf l'indemnité due aux autres copropriétaires [497]. Mais à défaut d'affranchissement formel, la liberté de l'esclave sera-t-elle considérée comme une conséquence tacite de son institution? Vinnius en doute, et avec raison; car si l'institution d'un esclave par son propre maître emporte affranchissement tacite, c'est parce que sans cela elle resterait inutile (5) : or l'institution d'un esclave commun peut se soutenir du chef des autres copropriétaires, comme celle de l'esclave d'autrui, et indépendamment de tout affranchissement (6). Dès lors il n'existe plus aucun motif pour supposer au testateur une intention qu'il n'a pas exprimée.

(1) *Text. hic: pr., de stip. serv.* — (2) *Pr., de bon. poss.* — (3) *Javol. fr.* 64, *h. t.* — (4) § 3, *de stip. serv.*; § 3, *per quas pers. nob. obl.* V. § 4, *de injur.* — (5) § 2, *qui et ex quib. caus.* — (6) *Ulp.* 22 *reg.* 7 *et* 9.

§ XII.

586. On n'instituait ni les PEREGRINI (718), ni les personnes incertaines (720); mais ces prohibitions n'ont jamais été appliquées aux citoyens romains qui naissent en pays étranger (*peregri natos*), ni même à ceux qui sont inconnus au testateur. Il suffit, en effet, qu'il puisse avoir une idée précise sur leur existence : dans ce cas, les personnes inconnues ne sont pas considérées comme incertaines ([1]).

§ IV.

587. Rien ne limite la volonté du testateur quant au nombre des héritiers qu'il institue. A la teneur formelle de notre texte, ajoutons seulement que, dans tous les cas et quel que soit le nombre des institués, ils sont tous appelés à toute l'hérédité, pour la recueillir en totalité, soit concurremment, soit l'un à défaut de l'autre. Le droit de mourir partie testat, partie intestat, est un privilége réservé aux militaires ([2]); mais, d'après le droit commun, aucune portion de l'hérédité ne peut être déférée à d'autres héritiers que les institués, sauf au testateur à établir entre ces derniers tel partage que bon lui semble.

§ V.

588. La division généralement suivie (*plerumque*) partage l'hérédité en douze parties égales, et alors on l'appelle *as*, expression qui, chez les Romains, représente toujours l'unité ou l'entier qu'il est question de partager.

Chaque douzième de l'*as* s'appelle *once*.

La réunion de plusieurs onces forme, par rapport à l'*as*, des fractions qui seraient peut-être suffisamment désignées par leur dénomination numérique, un, deux, trois, quatre, cinq douzièmes, etc.; mais comme toutes les fractions, excepté celles de cinq, sept et onze douzièmes, se réduisent à une expression plus simple, on a dû profiter de cette circonstance pour la facilité des calculs. En conséquence :

2/12 ou 2 onces se réduisent à 1/6 *sextans*,
3/12 ... 3 onces . . . . . . 1/4 *quadrans*,

([1]) *Afric. fr.* 46, *h. t.* V. § 25, *de legat.* — ([2]) § 5, *h. t.*

4/12 ...	4 onces	1/3	*triens*,
6/12 ...	6 onces	1/2	*semis*,
8/12 ...	8 onces	2/3	*bes*,
9/12 ...	9 onces	3/4	*dodrans*,
10/12 ...	10 onces	5/6	*dextans*.

589. Le nom des quatre premières fractions n'est que l'expression latine du sixième, du quart, du tiers, de la moitié. Pour exprimer huit onces ou deux tiers, on devrait dire *bis triens :* ces deux mots contractés en trois lettres, *bes*, conservent le même sens. Quant aux deux dernières fractions, l'expression latine indique, non plus le nombre d'onces contenu dans la fraction, c'est-à-dire neuf ou dix, mais celui qu'il faudrait ajouter pour compléter l'as ou l'unité, c'est-à-dire trois ou deux onces, équivalant au quart ou au sixième, comme si l'on disait un quart moins, un sixième moins que l'unité. En effet *dodrans* n'est qu'une contraction du mot *quadrans* et du verbe *demo : dodrans* exprime donc l'unité diminuée d'un quart *dempto quadrante*, et, par conséquent, les trois quarts. Pareillement *dextans*, formé par la contraction du même verbe et du mot *sextans*, indique le retranchement d'un sixième. En suivant la même marche, on a formé le mot *deunx*, qui exprime le retranchement d'une once sur l'unité, par conséquent onze douzièmes. Quant aux fractions de cinq et de sept douzièmes, elles n'ont point d'autre désignation que leur nom numérique, sauf une légère contraction qui permet de dire en un seul mot *quincunx* ou *sept-unx*, au lieu de *quinque* ou *septem unciæ* (1).

590. Cette division de l'as en douze onces est la plus ordinaire, mais elle n'a rien d'exclusif, et le testateur peut en adopter une autre : quelquefois même on est obligé de supposer que telle a été son intention pour concilier les dispositions du testament avec les règles du droit.

En effet, le testateur qui institue un seul héritier pour une fraction seulement, pour moitié, par exemple, semble réserver l'autre moitié aux héritiers légitimes. C'est même ainsi qu'on exécute, en pareil cas, le testament des militaires, qui n'ont d'autre règle à observer que leur volonté, en sorte qu'ils peuvent mourir partie testats, partie intestats (2); mais les autres

(1) *Varr. de lingua latina, lib.* 5, §§ 171 *et* 172. — (2) *Text. hic.* V. *Ulp. et Paul. fr.* 19 *et* 37, *de test. mil.*

citoyens doivent disposer de toute leur hérédité, et lorsqu'ils n'en ont distribué qu'une partie, par exemple, six onces (*semissem*), on considère les onces comme des sixièmes, et alors l'hérédité ou l'as entier se trouve compris IN SEMISSE (*totus as in semisse erit*).

§ VII.

591. Pareillement, si le testateur, en instituant plusieurs personnes, leur distribue plus ou moins de douze onces, par exemple, s'il institue trois héritiers chacun pour trois onces (*ex quadrante*), quatre héritiers chacun pour quatre onces (*ex triente*), l'hérédité contiendra au premier cas neuf onces, au second seize. Chaque héritier aura donc, dans le premier cas 3/9es ou 1/3, et dans le second 4/16es ou 1/4 : en un mot, selon que le fractionnement de l'hérédité comprendra plus ou moins de douze parties, l'once subira un décroissement ou un accroissement proportionnel.

Les exemples donnés par le texte supposent que les parts sont égales; mais si elles ne l'étaient pas, le même procédé serait encore applicable. Ainsi, deux héritiers étant institués, l'un pour six onces, l'autre pour trois, l'hérédité comprendra neuf onces, qui se diviseront en deux parts : l'une de 6/9es ou 2/3, l'autre de 3/9es ou 1/3. Réciproquement, si trois héritiers sont institués, le premier pour douze, le second pour six, le troisième pour deux onces, chacun aura le nombre d'onces qui lui est assigné; mais chaque once, au lieu de représenter un douzième, ne vaudra qu'un vingtième (1).

§ VI.

592. On a supposé jusqu'ici que le testateur assigne une part à chacun des héritiers; mais il peut se faire qu'il n'assigne de part à aucun d'eux, ou n'en assigne pas à tous.

Au premier cas, ils sont réputés institués par égales portions (2). Toutefois, si les parts sont égales, il n'y a pas toujours autant de parts que d'institués; car plusieurs héritiers, institués conjointement, c'est-à-dire par la même disposition, ne forment entre eux qu'une seule tête, et cela d'après l'intention présumée du testateur. Ainsi, lorsqu'on a institué d'abord

(1) *Ulp. fr.* 13, §§ 3-16, *h. t.* — (2) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 9, § 12, *h. t.*

Mævius, ensuite *Seius et Titius*, l'hérédité se divise en deux moitiés, l'une pour Mévius seul, l'autre pour Seius et Titius concurremment (1).

Au second cas, c'est-à-dire lorsque les héritiers sont institués, les uns avec les autres, sans portion déterminée, les premiers prennent la part qui leur est attribuée ; les autres le surplus, quelle qu'en soit la valeur (*ea... pars... quæ vacat*).

593. Mais si les portions distribuées à quelques uns des héritiers complètent les douze onces, c'est-à-dire l'as entier, de quoi se compose alors le surplus ? De moitié, dit Justinien. Cette décision nécessite quelques explications.

On ne peut pas admettre que le testateur, en instituant une personne, a voulu ne lui donner aucune portion ; et bien qu'en général l'hérédité soit représentée par un as, cependant, lorsqu'un seul as ne suffit pas pour donner une part quelconque à chaque institué, on suppose que, d'après l'intention du testateur, l'hérédité comprend le nombre d'as nécessaire pour qu'il reste une fraction d'hérédité aux institués dont la part n'a point été fixée.

Ainsi, dès qu'une distribution de douze onces a complété un premier as, on suppose qu'il en existe un second, sur lequel on prend la portion des institués à qui le testament n'a rien assigné (2) ; et comme ceux-ci doivent avoir ce qui reste, ils ont la moitié de l'hérédité qui se compose de deux as ou vingt-quatre onces.

§ VIII.

594. Si, non content d'épuiser un premier as, le testateur l'a excédé en distribuant plus de douze onces, l'excédant s'impute sur le second as, et la fraction qui reste vacante sur ce dernier appartient aux héritiers institués sans portion déterminée ; ils ont pareillement ce qui reste du troisième as, dans le cas où le testateur a excédé le second, et ainsi de suite. Lorsqu'il a distribué exactement soit deux as ou vingt-quatre onces, soit trois as ou trente-six onces, les institués dont la part n'a point été déterminée ont, au premier cas, le troisième as ou un tiers, et au second, le quatrième as ou un quart (3).

(1) *Cels. fr.* 59, § 2, *h. t.* — (2) *Pap. fr.* 78, § 2, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 17, § 5, *h. t.*

L'hérédité divisée en deux as se nomme *dupondium*, en trois as *tripondium*, etc.

Cette pluralité d'as n'est que le résultat d'une supposition nécessaire pour déterminer les parts non désignées par le testateur; la portion de chacun une fois connue, on réduit le tout à un seul as (*omnes ad assem revocantur*), dont les fractions sont alors des vingt-quatrièmes ou des trente-sixièmes.

§ IX.

595. L'institution peut être ou pure et simple, ou sous condition; mais elle ne peut se faire à terme.

Une disposition quelconque est pure et simple, lorsqu'on laisse à ses effets toute l'étendue, toute la généralité dont ils sont susceptibles d'après la loi et la nature de la disposition. Au contraire, si l'on borne la durée des effets par la fixation d'un temps déterminé, ou si l'on restreint leur généralité à tel ou tel cas particulier, la disposition cesse d'être pure et simple : elle est à terme dans la première supposition, et conditionnelle dans la seconde (597).

Le texte distingue deux termes différents, dont l'un marque l'époque où doivent commencer les effets de l'institution (*ex certo tempore*), l'autre l'époque où ils doivent cesser (*ad certum tempus*). Le terme n'est pas suspensif comme la condition, et par conséquent si l'institution à terme produisait tout son effet, l'hérédité serait déférée soit aux héritiers légitimes en attendant les héritiers institués *ex certo tempore*, soit aux héritiers institués *ad certum tempus*, en attendant les héritiers légitimes. Le testateur, si l'on suivait sa volonté, aurait des héritiers testamentaires pour un temps et des héritiers légitimes pour un autre; il mourrait partie testat, partie intestat: mais cela n'est permis, sous le rapport de la division du temps, comme sous le rapport de la division des biens, qu'aux seuls militaires (1). C'est d'ailleurs un principe constant que l'hérédité et la qualité d'héritier, une fois acquises, ne peuvent plus être retirées (2). De là cet adage : *Semel heres semper heres*.

596. L'institution à terme ne pouvant obtenir l'effet qu'a voulu lui donner le testateur, il faut l'annuler entièrement ou l'exécuter comme institution pure et simple, en considérant le

(1) *Tryph. fr.* 41, *de test. mil.* — (2) *Gaius, fr.* 88, *h. t.*

terme comme non écrit (1). L'importance que les Romains attachaient à ne point mourir intestats a fait adopter ce dernier parti ; et comme nous avons vu donner l'hérédité totale à l'héritier institué pour partie (590), pareillement ici on la donne, dès à présent et pour toujours, à celui que le testateur n'appelle que dans un temps ou pour un temps limité.

Le même principe s'applique, lorsque le testateur restreint l'institution à un ou plusieurs objets déterminés. On considère comme non écrite la mention de ces objets, lorsque le testateur n'a institué qu'un seul héritier, parce qu'alors la validité du testament dépend de celle de l'institution (2), mais lorsqu'il existe en outre une ou plusieurs institutions non limitées, ces dernières suffisent pour soutenir le testament : dès lors l'institution, restreinte à tel ou tel objet, se trouve nulle comme institution, et ne vaut plus que comme legs de ce même objet (3). Quant à la nomination d'un tuteur pour un objet spécial, elle est entièrement nulle (224).

597. Le terme apposé aux institutions d'héritier, et en général aux dispositions testamentaires, ne tend qu'à limiter la durée de leur effet, sans le rendre moins certain. La condition, au contraire, subordonne à un événement incertain l'effet de la disposition, qui est valable ou nulle selon que l'événement s'accomplit ou ne s'accomplit pas. Ainsi, par exemple, quand le testateur s'attache au succès d'une expédition maritime, en instituant Titius sous cette condition, si tel navire arrive à bon port, sa volonté est que, dans le cas contraire, Titius ne soit pas héritier. Il y a ici une alternative portant sur deux extrêmes qui s'excluent réciproquement, alternative qui n'existerait pas si l'un de ces extrêmes était un événement, ou impossible ou certain, ou déjà réalisé : aussi le fait auquel on subordonne une disposition quelconque ne la rend-il conditionnelle que lorsqu'il est possible, incertain, et par conséquent futur (*a*).

(1) *Text. hic; Pap. fr.* 34, *h. t.* — (2) *Ulp.* § 1, *fr.* 4 ; *fr.* 9, § 13, *h. t.* — (3) *Pap. fr.* 41, § 8, *de vulg. et pup.; Justin. C.* 13, *h. t.*

(*a*) Lorsqu'un fait est impossible, le fait contraire est toujours certain : voyez toutefois le paragraphe suivant. En sens inverse, lorsque l'événement prévu est passé ou présent, il est déjà fixe et invariable dans la nature des choses, et par conséquent n'a pas le caractère d'une condition (*Ulp. fr.* 10, § 1, *de condit. instit.*; V. § 6, *de verb oblig.*).

C'est ce caractère d'incertitude qui distingue la condition bien mieux que telle ou telle locution ; car il faut examiner la volonté du défunt plutôt que ses paroles (1). Ainsi, quoique le terme soit en général exprimé par les mots QUAND, LORSQUE *quando*, *quum*, l'institution faite pour le temps où telle personne se mariera est conditionnelle (2) : car le mariage peut ne pas se réaliser. Lors même qu'il s'agit d'un événement inévitable, on peut ne pas savoir s'il arrivera pendant la vie de l'institué ou du légataire, et cette incertitude suffit pour rendre la disposition conditionnelle. Ainsi, par exemple, le legs fait pour le temps où Titius mourra est un legs conditionnel, par cela seul que Titius peut mourir après comme avant le légataire (3). Tel est le sens de la règle DIES INCERTUS CONDITIONEM IN TESTAMENTO FACIT (4), règle qui ne s'applique point aux obligations [967].

Il est certaines conditions qui, bien qu'exprimées par le testateur, n'empêchent pas sa disposition d'être pure et simple. Ce sont les conditions qui se trouvent tacitement comprises dans la loi ou dans la nature de la disposition. On les appelle conditions extrinsèques, par opposition à celles qui n'ont d'autre origine que le testament ou la volonté du testateur (5). Ainsi, par exemple, nul ne peut devenir mon héritier qu'en me survivant. En instituant une personne, il est donc inutile d'exprimer que je l'institue si elle me survit (*a*). Les choses ne pouvant se passer autrement, la disposition est toujours aussi certaine qu'elle le serait sans cette addition ; elle reste donc nécessairement pure et simple [595].

598. Nous avons vu précédemment que, pour ne pas rendre le défunt partie testat et partie intestat, on considère le terme ajouté à l'institution comme non écrit, et qu'on admet l'institué à l'hérédité, même avant l'époque fixée ; mais il en est autrement à l'égard de la condition. On ne la répute non écrite que dans certains cas particuliers [600], hors desquels la con-

(1) *Pap. fr.* 101, § 2, *de cond. et dem.* — (2) *C.* 8, *de testam. manum.* — (3) *Pomp. fr.* 1, § 2; *Pap. fr.* 79, § 1, *de cond. et dem.*; *Ulp. fr.* 4, *quando dies leg.* — (4) *Pap. fr.* 75, *de cond. et dem.* — (5) *Pap. fr.* 99, *eod.*

(*a*) Pareillement les legs ne peuvent valoir qu'autant que l'institué devient héritier ; et lorsqu'après avoir institué Titius, on le charge d'un legs, il est inutile d'ajouter qu'on l'en charge pour le cas où il deviendrait héritier (*Pomp. fr.* 22, § 1, *quando dies legat.*).

dition non accomplie empêche l'institué d'arriver à l'hérédité. Cette suspension ne déroge pas à la règle *nemo partim testatus*, parce qu'elle ne fait pas succéder l'institué aux héritiers légitimes : car, tant que l'événement de la condition reste incertain, l'hérédité n'est déférée à personne (1). On peut donc suivre la volonté du défunt sans contrevenir au droit civil.

Cette différence entre le terme et la condition tient à l'effet suspensif de cette dernière, et ne dépend en aucune façon du prétendu effet rétroactif que plusieurs interprètes attribuent à la condition accomplie. Il est vrai que la condition accomplie rétroagit dans les obligations, en ce sens qu'elle a toujours le même effet, qu'elle s'accomplisse avant ou après la mort des contractants, parce que l'obligation conditionnelle survit au créancier comme au débiteur, et passe à leurs héritiers (2); mais il en est autrement des dispositions testamentaires : celui en faveur de qui elles sont faites ne transmet jamais rien à ses propres héritiers, lorsqu'il décède avant l'accomplissement de la condition (3). Aussi l'effet rétroactif de la condition apposée aux actes de dernière volonté n'est-il établi par aucun texte, et les preuves ne nous manqueront pas pour établir la différence qui existe à cet égard entre les obligations et les dispositions testamentaires [601, 967].

§ X.

599. Les conditions sont de plusieurs espèces. Elles sont potestatives, lorsqu'elles dépendent du fait de la personne appelée à profiter de la disposition ; casuelles, lorsqu'elles dépendent du hasard ou du fait d'autrui, et mixtes, lorsqu'elles sont à la fois casuelles et potestatives. A cette dernière classe appartient, par exemple, la condition imposée à Seius d'épouser Titia, ce mariage ne pouvant s'accomplir que par le concours de deux volontés, dont l'une, celle de Titia, est indépendante de l'institué Seius. Les conditions potestatives sont considérées comme accomplies, dès que leur exécution n'est plus au pouvoir de l'institué. Ainsi, par exemple, lorsqu'une disposition testamentaire est faite sous la condition d'affranchir un esclave, il suffit que cet esclave décède pour que la disposition ait son

(1) *Ulp. fr.* 13 ; *fr.* 21, § 2, *de adq. vel omitt. her.* — (2) § 4, *de verb. obl.*; § 11, *de inutil. stip.* — (3) *Ulp.* 24 *reg.* 31 ; *fr.* 5, *quando dies legat.*; *fr.* 59, *de cond. et dem.*

effet ([1]). On est moins facile pour les conditions mixtes, comme celle d'épouser ou d'adopter une personne déterminée. Le refus de cette personne ferait considérer la condition comme accomplie ; mais il n'en serait pas de même de sa mort ([2]). Du reste, toute condition, même casuelle, est réputée accomplie, lorsqu'elle a manqué de l'être par le fait de celui à qui doit profiter le défaut d'accomplissement ([3]).

600. Il y a encore plusieurs autres divisions ([4]). Telle est celle qu'on admet entre les conditions possibles et les conditions impossibles. Il n'existe point à proprement parler de condition impossible (597), c'est-à-dire contraire à l'ordre de la nature. Aussi toute obligation contractée sous une semblable condition est-elle absolument nulle ([5]). Il en serait de même pour les dispositions testamentaires, si la condition impossible n'était pas considérée, à leur égard, comme non écrite, en sorte que la disposition reste pure et simple ([6]). Il serait difficile de trouver une raison satisfaisante de cette singulière différence entre les dispositions testamentaires et les obligations, différence que n'admettaient point les Proculéiens, mais que l'autorité des Sabiniens a fait prévaloir dans la compilation justinienne ([7]).

On considère comme moralement impossible, et par conséquent comme non écrite, la condition de faire une chose contraire aux lois ou aux mœurs ([8]).

601. Le testateur qui choisit ses héritiers est libre de leur imposer telles conditions que bon lui semble, excepté lorsqu'il institue le fils qu'il a sous sa puissance. Ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, doit être expressément déshérité ou institué, de manière que son sort soit toujours réglé par une disposition précise. Cela n'empêche pas qu'on ne puisse le déshériter ou l'instituer sous une condition potestative ([9]) ; mais les institutions ou exhérédations faites sous une condition casuelle ne peuvent valoir qu'autant que le fils survit à l'événement : autrement, si la condition ne se réalise qu'après sa mort, le testament est nul, parce que le fils n'a été ni institué ni déshérité pendant sa vie ([10]).

([1]) *Pomp. fr.* 54, § 2, *de legat.*, 1°. — ([2]) *Afric. fr.* 31, *de cond. et dem.*; *Paul. et Julian. fr.* 3 *et* 11, *de condit. inst.*; *Alex. C.* 4, *de condit. incert.* — ([3]) *Julian. fr.* 24 ; *Paul. fr.* 81, *de cond. et dem.* — ([4]) *Paul. fr.* 60 ; *Marcian. fr.* 91, *eod.* — ([5]) § 11, *de inutil. stip.* — ([6]) *Ulp. fr.* 3, *de cond. et dem.*; *fr.* 1, *de condit. et inst.* — ([7]) *Gaius*, 3 *inst.* 98. V. *Marcian. fr.* 31, *de obl. et act.* — ([8]) *Pomp. fr.* 7 ; *Marcian. fr.* 14 ; *Pap. fr.* 15, *eod.* — ([9]) *Ulp. fr.* 4, *h. t.* — ([10]) *Terent. Clem. fr.* 22 ; *Paul. fr.* 24, *de lib. et post.*

Si le testateur, prévoyant tout à la fois l'accomplissement et le non-accomplissement d'une condition casuelle, institue son fils pour un cas, en le déshéritant pour l'autre, il semble régler toutes les hypothèses. Cependant le sort du fils n'est réellement pas fixé. Institué sous une condition, et déshérité sous la condition contraire, il ne sera véritablement institué ou exhérédé qu'à l'accomplissement de l'une ou de l'autre : institué si le navire arrive, et lorsqu'il arrivera ; exhérédé si le navire ne revient pas, et à l'époque où l'on sera certain qu'il ne peut plus arriver. Si le fils meurt dans cette alternative, il aura vécu sans avoir été ni institué ni déshérité ; dans ce cas, le testament sera nul, et le défunt intestat (a).

602. Il est donc impossible, à l'égard du fils, de garantir absolument la validité d'une institution ou d'une exhérédation faite sous une condition non potestative, et dans ce sens on dit qu'il doit être institué ou exhérédé purement et simplement [1].

§ XI.

603. Ici le texte énonce une règle qui s'applique d'une manière générale, toutes les fois qu'il n'existe aucune raison de croire que le testateur avait une intention contraire [2] ; car autrement, on attribuerait à la copulative ET un sens disjonctif, et aux disjonctives VEL, AUT, un sens conjonctif, plutôt que de sacrifier au sens ordinaire des mots la volonté indubitable du testateur [3].

[1] *Julian. fr.* 3 ; *Ulp. fr.* 4, *de liber. et postum.* — [2] *Paul. fr.* 5, *de condit. inst.* — [3] *Julian. fr.* 13, § 6, *de reb. dub.; Scævol. fr.* 85, *h. t.; Justin. C.* 4, *de verb. sign.*

(a) *Tryphon. fr.* 28, *de liber. et post.* A l'égard d'un posthume, l'institution ou l'exhérédation conditionnelle n'empêche la rupture du testament que dans le cas où la condition s'accomplit avant la naissance (*Terent. Clem. fr.* 22 ; *Paul. fr.* 24, *de liber. et post.*). Un legs fait sous cette condition, soit que tel événement arrive ou n'arrive pas, ne serait pareillement qu'une disposition conditionnelle, incertaine, et conséquemment caduque, si le légataire décédait pendant l'alternative (*Pomp. fr.* 13, *quando dies legat.*). Cependant il est certain que l'événement se réalisera d'une manière ou de l'autre : mais il n'est pas certain qu'il se réalise avant la mort du légataire. L'époque où la condition s'accomplit est donc ici fort importante, et il faut le dire avec Cujas (sur le *fr.* 18, *de regul. jur.*), l'événement ne rétroagit pas : CONDITIONEM LEGATI NON RETROTRAHI AD TEMPUS MORTIS.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO, et deinceps, in quantum velit testator substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere.

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.

2. Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. Et ita divus Pius rescripsit.

3. Sed si instituto heredi et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.

4. Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus, heredem scripserit, et si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius in partem admittitur. Illa enim verba, SI HERES NON ERIT,

TITRE XV.

DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

On peut, dans son testament, instituer des héritiers à différents degrés, en disant, par exemple: « Si tel n'est point héritier, tel autre le sera. » Le testateur peut ainsi prolonger à son gré la série des substitutions, et subsidiairement enfin instituer comme héritier nécessaire son esclave.

1. On peut donner plusieurs substitués à un seul institué, ou un seul à plusieurs, ou à chacun le sien, ou substituer réciproquement les institués eux-mêmes.

2. Le testateur qui institue plusieurs héritiers par portions inégales, et qui les substitue réciproquement sans faire aucune mention de parts, est censé donner dans la substitution les parts exprimées dans l'institution. Ainsi le décide un rescrit d'Antonin le Pieux.

3. Mais lorsqu'un héritier institué et substitué à son cohéritier, a lui-même un substitué, les empereurs Sévère et Antonin décident que le substitué est admis, sans distinction, à l'une et à l'autre part.

4. Le testateur, croyant instituer un père de famille, institue l'esclave d'autrui, et pour le cas où il ne deviendrait pas héritier, lui substitue Mœvius; puis l'esclave vient à l'hérédité par ordre de son maître: dans cette hypothèse, Mœvius est admis pour partie. En

effet, ces mots : « Dans le cas où » il ne deviendrait pas héritier, » appliqués à un institué que le testateur sait être sous la puissance d'autrui signifient : « Dans le cas où » il ne deviendrait héritier ni pour » lui-même ni pour un autre ; » mais appliqués à un institué que le testateur a cru père de famille, ils signifient : « Dans le cas où il » n'acquerrait l'hérédité ni pour » lui-même ni pour le maître sous » la puissance duquel il tomberait » postérieurement. » Tibère César l'a ainsi décidé à l'égard de Parthénius, son esclave.

in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit. In eo vero quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant : si hereditatem sibi, eive cujus juri postea subjectus esse cœperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

EXPLICATION.

PR.

604. Nous avons déjà parlé de l'importance que les Romains attachaient à ne point mourir intestats. Le choix d'un ou même de plusieurs institués n'offre pas, à cet égard, une entière garantie ; car il arrive souvent qu'ils ne peuvent ou ne veulent pas devenir héritiers. Alors, à l'institution principale, on subordonne, pour la suppléer, une institution subsidiaire, qui peut à son tour être suppléée par une autre, et ainsi de suite (*in quantum velit*).

Cette série d'institutions ne garantit pas entièrement le testateur contre le refus des institués, où contre les événements postérieurs qui les rendraient incapables ; mais elle diminue les risques en augmentant le nombre des institués. Il est même certaines personnes dont le refus n'est jamais à craindre, parce qu'elles deviennent héritiers nécessaires. Tels sont notamment les esclaves du testateur : aussi est-il prudent d'en choisir un pour l'instituer *novissimo loco*, c'est-à-dire en dernier lieu. Toutefois rien n'empêche de donner à l'esclave qu'on institue un rang plus favorable, et même le premier rang (1) ; dans ce

(1) *Pr. de her. inst.*

cas, l'esclave institué par son maître recueille l'hérédité par préférence à tous les institués postérieurs, du moins si le défunt est solvable; car, dans le cas contraire, la loi Ælia Sentia, qui permet d'affranchir un esclave pour le rendre héritier nécessaire, ne le permet qu'à défaut de tout autre institué, même d'un ordre postérieur [88]. Ainsi, à quelque rang que l'esclave soit institué, la loi, dans ce cas, le rejette toujours au dernier (1).

605. L'ordre qu'un testateur établit entre différents héritiers qu'il institue forme ce que notre texte appelle ici des degrés (*gradus heredum*). Celui ou ceux qui, ne suppléant personne, sont eux-mêmes suppléés par d'autres, occupent le premier degré ; ceux qui suppléent les institués du premier degré occupent le second, et ainsi de suite, en observant que ce n'est pas la place ou chacun est inscrit dans le testament qui détermine les degrés, mais bien la volonté du testateur et la condition qu'il appose (*a*). Les héritiers institués au premier degré sont les institués proprement dits; les autres se nomment substitués (2). Toutes les substitutions sont des institutions conditionnelles, et leur effet varie comme les conditions dont elles dépendent. On peut assez commodément classer les différentes substitutions, d'après le cas ou la condition qui les régit : aussi distingue-t-on la substitution au premier cas, et la substitution au second cas [616].

Nous parlons, dans ce titre, de la substitution au premier cas, autrement dite substitution vulgaire, parce qu'elle peut être faite par tout testateur et pour tout institué ; il en est autrement de la substitution au second cas, ou pupillaire, dont s'occupe le titre suivant.

La substitution vulgaire supplée une institution préalable, lorsque celle-ci reste sans effet : aussi le substitué n'est-il institué qu'à défaut d'une autre personne, sous la condition que celle-ci ne viendra point à l'hérédité (*si heres non erit*) ; condition générale que l'opinion commune considère comme remplie toutes les fois que l'institué ne veut pas ou ne peut pas recueillir l'hérédité. Toutefois cette condition doit, comme

(1) *Paul. fr.* 57, *de vulg. et pup.* — (2) *Modest. fr.* 1, *eod.*

(*a*) Ainsi, dans un testament où l'on dirait : « Titius, soyez mon héritier si « Seius ne l'est pas, » et plus bas : « Seius, soyez mon héritier, » Seius serait au premier degré, Titius au second (*Ulp. fr.* 28, *de hered. inst.*).



toute autre, s'interpréter d'après la volonté du testateur (1) : nous verrons en effet qu'elle se prend quelquefois en différents sens, suivant les différentes qualités de l'héritier institué.

§ IV.

606. La substitution vulgaire s'évanouit dès que l'institué devient héritier, et par là fait défaillir l'institution conditionnelle du substitué ; mais, lorsqu'on institue l'esclave d'autrui, ce n'est pas toujours l'institué qui devient héritier ; c'est souvent le maître dont il dépend [582], et alors la condition *si heres non erit* paraît accomplie au profit du substitué.

A cet égard, et lorsqu'il s'agit d'interpréter la condition, il faut chercher l'intention du testateur, et, dans ce but, on distingue s'il a connu ou s'il a ignoré l'état des esclaves par lui institués (2). Dans le premier cas, il a su ou dû savoir que l'hérédité peut arriver par eux à leur maître. Par conséquent, en prévoyant l'hypothèse où l'esclave ne deviendra point héritier (*si heres non erit*), le testateur suppose que l'institué n'acquerra point l'hérédité comme il peut et doit l'acquérir, c'est-à-dire pour lui-même s'il devient libre, ou pour son maître s'il reste esclave, *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit.* Ainsi entendue, la condition *si heres non erit* manque son accomplissement, dès que l'institué accepte par ordre de son maître, et alors le substitué se trouve exclu.

607. Si au contraire le testateur, en instituant un esclave, a cru instituer un père de famille, la condition *si heres non erit* prend un autre sens. En effet, le testateur ne peut pas avoir en vue le maître actuel d'une personne qu'il considère comme *sui juris ;* si donc il peut se représenter l'institué comme soumis à la puissance d'un maître, ce ne peut être qu'à une puissance future, sous laquelle tomberait l'institué en devenant esclave. Interprétée en ce sens, la condition *si heres non erit* doit s'accomplir, si l'institué n'accepte l'hérédité ni pour lui-même (*vel sibi*), ni pour le maître auquel l'aurait soumis un esclavage postérieur à la confection du testament (*cujus juri postea subjectus esse cœperit*) : or, dans l'espèce de notre texte, il accepte pour le maître qu'il avait déjà à l'époque de la confection du testament, et, par conséquent, pour une personne qui n'a pu entrer

(1) *Ulp. fr.* 19, *de cond et dem.* — (2) *Ulp. fr.* 19, *de cond. et dem.*

dans les prévisions du testateur. Dès lors la condition *si heres non erit* est accomplie, et le substitué appelé sous cette condition doit venir à l'hérédité.

608. Il y vient en effet, mais pour une portion seulement (*a*), parce qu'il concourt avec le maître de l'institué ([1]). Remarquons à cet égard que les textes n'élèvent pas le moindre doute sur la validité de l'adition que l'institué fait par ordre de son maître. Celui-ci devient donc héritier, et le substitué qu'on admet à l'hérédité ne fait que s'adjoindre à un premier héritier pour concourir avec lui, comme une personne instituée conditionnellement concourt, après l'événement de la condition, avec une autre personne instituée purement et simplement. Si l'intention du testateur ne produit ainsi en faveur du substitué qu'un effet partiel, c'est parce que cette intention n'est pas la règle unique du testament. Si l'on ne devait consulter que la volonté du testateur, comme dans un testament militaire, la question se résoudrait, suivant les circonstances qui expliquent cette volonté, ou par l'admission du substitué à toute l'hérédité, ou par son exclusion totale ([2]). Ici, au contraire, il s'agit d'un testament soumis à toutes les règles du droit civil ; on admet le substitué parce que telle est l'intention du défunt, mais on n'exclut pas le maître de l'institué, quoiqu'il profite d'une combinaison étrangère à cette même intention.

609. De là il semble résulter que la volonté du testateur, toute-puissante pour instituer et déférer l'hérédité, reste sans influence sur les suites ultérieures de cette institution, notamment sur le point de savoir à qui l'institué pourra conférer la qualité d'héritier. Il la confère ici à son maître ; et ce résultat, quoique contraire à la volonté du testateur, ne l'est pas plus que celui qui, tantôt défère l'hérédité entière aux personnes instituées seulement pour partie (590), tantôt maintient la validité des institutions que le testateur a voulu révoquer [638], et tantôt infirme celles qu'il a voulu maintenir [637].

([1]) *Text. hic; Julian. fr.* 40, *de her. inst.* — ([2]) *Alex. C.* 3, *de her. inst.*

(*a*) *In partem admittitur*, c'est-à-dire qu'il est admis pour moitié, comme l'entendent Théophile, Cujas, Vinnius, Ev. Otton, Jacques Godefroy, d'après le sens ordinaire du mot portion (*Ulp. fr.* 164, § 1, *de verb. sig.*), quoique certains auteurs se fondent, pour établir un partage inégal, sur l'équivoque d'une leçon corrompue ou d'une espèce mal posée dans le texte de Julien (*fr.* 40, *de hered. inst.*).

Les principes qui expliquent la décision de notre texte, reçoivent leur application dans plusieurs autres cas, notamment lorsque l'esclave institué par un étranger appartient à deux maîtres et accepte par ordre d'un seul. Alors la condition *si heres non erit* est accomplie, et le substitué appelé sous cette condition vient à l'hérédité ([1]), concurremment avec celui des deux maîtres par ordre duquel l'esclave institué a fait adition (*a*).

§ I.

610. Nous avons maintenant à examiner, relativement à la substitution vulgaire, différentes combinaisons qui dépendent de la volonté du testateur. Justinien rapporte ici quatre exemples, dont trois n'offrent aucune difficulté. Remarquons seulement le dernier, où l'on suppose que le testateur substitue réciproquement les institués, c'est-à-dire qu'après les avoir tous désignés, il ajoute qu'il les substitue l'un à l'autre (*eosque omnes in vicem substituo*), ou qu'il substitue à ceux d'entre eux qui ne deviendront point héritiers ceux qui le seront devenus, *quisquis sibi heres esset* ([2])

Cette combinaison ne diminue pas les chances qu'a le testateur de mourir intestat. Elle semble même d'autant plus inutile que, en l'absence d'une substitution réciproque, une portion quelconque de l'hérédité, recueillie par un des institués, doit nécessairement s'accroître de toutes les portions vacantes (590, 591). Quel peut donc être le but de la substitution réciproque?

611. Sous les empereurs romains et dans le Bas-Empire, même sous Justinien, au temps de la promulgation des Institu-

([1]) *Scæv. fr.* 48, *de vulg. et pup.* — ([2]) *Text. hic; Gaius, fr.* 5; *Pap. fr.* 23, *de vulg. et pup.*

(*a*) *Ulp. fr.* 67, *de adq. vel. omitt. her*. Gaius (2 *inst.* 177) et Ulpien (22 *reg.* 34) supposent que le testateur ordonne à l'institué de se porter héritier, dans un délai déterminé, par un mode d'acceptation solennelle qui se nomme crétion [677], et qu'il appelle un substitué pour le cas où l'institué ne fera pas crétion. L'institué néglige cette solennité, et se porte héritier d'une autre manière *pro herede gerendo* [677]. Il est donc héritier; mais comme il n'a pas fait crétion, la condition de la substitution est accomplie, et par conséquent le substitué doit venir à l'hérédité. Il y vient en effet par la volonté du testateur, et concourt avec l'institué qui reste héritier. Pour que l'institué fût exclu, faute par lui d'avoir fait crétion, il eût fallu déclarer expressément que dans ce cas il serait exhérédé (v. *Gaius*, 2 *inst.* 184 *et seq.*; *Ulp.* 22 *reg.* 25 *et seq.*).

tes, c'est-à-dire en 533, le droit d'accroissement n'existait plus, ou pour mieux dire il était considérablement restreint par les lois dites caducaires, qui attribuaient à certaines personnes, et à leur défaut au peuple, les portions caduques ou quasi-caduques, ainsi que nous le verrons plus loin [750, 751]. Il était donc fort important pour les institués d'être substitués entre eux, afin de recueillir toutes les portions qui, à défaut de substitution, seraient devenues vacantes et par suite caduques. Plus tard, et dès l'année 534, Justinien supprima les lois caducaires, et dès lors la substitution réciproque n'offrit plus la même utilité. Toutefois, elle continua de produire un résultat qu'il ne faut pas confondre avec celui du droit d'accroissement : en effet si l'un des institués ne vient pas à l'hérédité, la substitution met à sa place ceux des autres institués qui ont recueilli leur part héréditaire et qui vivent encore, à l'exclusion des héritiers d'un héritier décédé, parce que le bénéfice de la substitution est personnel comme celui de l'institution, et ne profite qu'au substitué même ([1]) ; tandis qu'à défaut de substitué, le droit d'accroissement réunit la portion vacante aux portions recueillies, et augmente non seulement la part des survivants, mais aussi la part qu'un héritier décédé a transmise dans sa propre hérédité ([2]).

§ II.

612. Nous venons de voir à quelles personnes la substitution réciproque défère la portion vacante. On examine ici comment, en cas de concours, cette portion se subdivise entre plusieurs substitués ; et l'on décide qu'ils ont dans la substitution la même part qu'ils ont eue dans l'institution, du moins lorsque le testateur n'a pas manifesté une intention contraire ([3]), en faisant une nouvelle distribution de parts (*nullam mentionem partium in substitutione habuerit*).

Ainsi, par exemple, un père de famille institue trois héritiers, le premier pour une once, le second pour huit, le dernier pour trois : celui-ci refuse. Sa portion, qui aurait été de trois onces, ou du quart, se subdivisera en neuf parties, dont une pour le premier institué, et huit pour le second. De là cette

([1]) *Pap. fr.* 23 ; *Paul. fr.* 45, § 1, *de vulg. et pup.* — ([2]) § 4, *de sc. orphit.*; *Cels. fr.* 69, § 7, *de her. inst.* — ([3]) *Ulp. fr.* 24, *de vulg. et pupill.*

présomption générale, que les parts exprimées dans l'institution sont tacitement répétées dans la substitution (623).

§ III.

613. Un testateur institue deux héritiers, *Primus* et *Secundus*. A *Primus* il substitue *Secundus*, sans réciprocité; puis à *Secundus* il substitue *Tertius*, qui n'est pas institué. Ce dernier aura non seulement la part de *Secundus*, auquel il est expressément substitué, mais encore celle de *Primus*, en supposant, bien entendu, que ceux-ci ne viennent point à l'hérédité. Mais à quel titre *Tertius* prendra-t-il la part de *Primus?* En vertu d'une substitution tacite, parce que *Tertius* étant substitué à *Secundus*, et *Secundus* à *Primus*, *Tertius* se trouve par là substitué à *Primus* (1). De là on tire cette règle, que le substitué du substitué est également celui de l'institué.

Le texte ajoute que *Tertius* recueillera les deux parts sans distinction (*sine distinctione*) : en effet, on examinait autrefois, d'abord dans quel ordre les deux substitutions se trouvaient écrites, ensuite laquelle des deux s'était ouverte la première, et pour que *Tertius*, substitué à *Secundus*, fût réputé substitué à *Primus*, on voulait que la substitution de *Secundus* à *Primus* précédant à tous égards celle de *Tertius* à *Secundus*, eût été la première écrite et se fût ouverte la première. L'ouverture de la substitution se place à l'époque où l'on acquiert la certitude que l'institué ne deviendra point héritier : c'est l'accomplissement de la condition *si heres non erit*, et dès lors le substitué est admis à remplacer l'institué, par exemple, lorsque celui-ci décède ou répudie l'hérédité. C'est ainsi que, dans l'hypothèse de notre texte, la mort ou la répudiation du premier institué devait, suivant les anciens jurisconsultes, avoir précédé celle du second; autrement *Tertius* ne recueillait point la part de *Primus*, parce que cette part semblait ne pouvoir être déférée à *Tertius* qu'après s'être confondue dans la part de *Secundus*, et comme partie intégrante de celle-ci. Sévère et Antonin ont supprimé ces distinctions pour la substitution vulgaire (2), et probablement aussi pour la substitution pupillaire (*a*).

(1) *Julian. fr.* 27; *Pap. fr.* 41, *de vulg. et pup.* — (2) *Pap. d. fr.* 41.

(*a*) Les doutes que fait naître, pour la substitution pupillaire, un texte de Scævola (*fr.* 47, *de vulg. et pup.*), disparaissent lorsqu'on observe que ce jurisconsulte écrivait sous le règne de Marc-Aurèle.

614. Cette décision présentait, sous l'empire des lois caducaires, un intérêt qu'elle a perdu dans la législation de Justinien. Néanmoins la règle que le substitué du substitué est également celui de l'institué, trouve encore son application, parce qu'elle modifie les conséquences du droit d'accroissement. Pour cela il faut supposer qu'au lieu de deux héritiers seulement, le testateur en institue trois au moins, *Primus*, *Secundus* et *Tertius;* qu'à *Primus* il substitue *Secundus*, et à *Secundus*, *Quartus* qui n'est pas institué. Si *Primus* et *Secundus* manquent, *Quartus* recueillera seul les deux parts ; tandis que si *Quartus*, substitué de *Secundus*, n'était pas tacitement substitué à *Primus*, la part de celui-ci resterait vacante, et se partagerait, par l'effet du droit d'accroissement, entre *Tertius* institué et *Quartus* substitué de *Secundus*.

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est ut, si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius ut, etsi heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres; veluti si quis dicat hoc modo : TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO; SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT, TUNC SEIUS HERES ESTO. Quo casu, si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres, si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi

TITRE XVI.

DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

Le père de famille qui a sous sa puissance des enfants impubères, peut faire à leur égard la substitution dont nous avons parlé ci-dessus, afin d'avoir un autre héritier dans le cas où ceux-ci ne le deviendraient pas; mais il peut aussi substituer de manière à leur donner un héritier dans le cas où, après avoir recueilli l'hérédité, ils décéderaient encore impubères; par exemple en ces termes : « Titius mon fils sera mon héritier; et s'il ne devient pas héritier, ou si, après l'être devenu, il meurt avant de se trouver sous sa propre tutelle, alors Séius sera héritier. » Dans ce cas, si le fils ne succède pas, le substitué devient héritier du père; mais si le fils succède et meurt

avant la puberté, le substitué devient héritier du fils. En effet, c'est un usage établi que le testament des enfants, lorsqu'ils sont d'âge à ne pouvoir le faire eux-mêmes, soit fait pour eux par leurs ascendants.

filio fit heres substitutus; nam moribus institutum est ut, cum ejus ætatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

1. Guidé par les mêmes motifs, nous avons placé dans notre Code une constitution d'après laquelle l'ascendant dont les enfants, petits-enfants ou arrière-petits-enfants, sans distinction de sexe ou de degré, sont insensés, peut aussi, malgré leur puberté et à l'exemple de la substitution pupillaire, leur substituer certaines personnes. Mais si la raison leur revient, nous voulons que cette même substitution reste sans effet, imitant à cet égard la substitution pupillaire, dont l'effet cesse à la puberté du pupille.

1. Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua próspectum est ut, si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

2. Ainsi, dans la substitution pupillaire faite comme on l'a dit ci-dessus, il existe en quelque sorte deux testaments, celui du père et celui du fils, comme si ce dernier avait institué lui-même son héritier; ou du moins, un seul testament pour deux objets, c'est-à-dire pour deux hérédités.

2. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

3. Si le père, dans sa sollicitude, craint qu'après sa mort la désignation patente d'un substitué n'expose son fils encore pupille à quelques embûches, il doit faire la substitution vulgaire ouvertement et dans la première partie du testament. Quant à la substitution qui appelle le substitué pour le cas où le pupille hériterait et décéderait avant la puberté, le testateur doit l'écrire séparément dans la partie inférieure,

3. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret ne filius ejus pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere et in primis testamenti partibus debet; illam autem substitutionem per quam, etsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substi-

tutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere debet, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in hisdem tabulis scripta sit quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis pupillo hoc periculosum sit.

clore cette partie avec un fil et un cachet particulier, et défendre, dans la première partie du testament, que les tablettes inférieures soient ouvertes avant la mort ou avant la puberté du fils. Il est évident que la substitution faite pour l'impubère, sur les mêmes tablettes où le père de famille institue son propre héritier, n'en est pas moins valable, quoiqu'elle soit dangereuse pour le pupille.

4. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis, ita substituere parentes possunt ut, si heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem ipsi voluerint; sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum eadem etiam de postumis intelligimus.

4. Les enfants impubères que le père institue, ne sont pas les seuls auxquels il puisse substituer, en leur donnant tel héritier que bon lui semble, pour le cas où ils deviendraient héritiers et mourraient avant la puberté; il en est de même pour ceux qu'il déshérite. Ainsi, en pareil cas, le substitué aura tout ce que les parents ou les amis du pupille auront transmis à ce dernier par succession, par legs ou par donations. Tout ce que nous avons dit sur la substitution des enfants impubères, institués ou déshérités, s'applique également aux posthumes.

5. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat, nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti : adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

5. Nul ne peut tester pour ses enfants, sans tester pour soi-même; car le testament pupillaire est une partie et un accessoire du testament paternel : tellement que, si le testament du père n'était pas valable, celui du fils ne vaudrait pas davantage.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissi-

6. On peut substituer, soit à chacun de ses enfants, soit au

dernier d'entre eux qui mourra impubère : à chacun, lorsqu'on veut qu'aucun d'eux ne meure intestat; au dernier, lorsqu'on veut conserver entre eux l'ordre des successions légitimes.

mus impubes morietur, substitui potest : singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

7. Le substitué qu'on donne à un impubère, se désigne nommément, par exemple, « Titius » ou généralement, en disant « quiconque aura été mon héritier. ». Ces derniers termes appellent à la substitution, lorsque le fils décède impubère, les institués qui ont recueilli l'hérédité paternelle, et chacun en proportion de la part qu'il a recueillie.

7. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti TITIUS, aut generaliter, ut QUISQUIS MIHI HERES ERIT. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi qui et ei scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes facti sunt.

8. On peut donc substituer aux mâles jusqu'à quatorze ans, aux filles jusqu'à douze, et lorsqu'ils passent cet âge, la substitution s'évanouit.

8. Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminæ usque ad duodecim annos; et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

9. Après avoir substitué un étranger ou même un fils pubère, nul ne peut prévoir le cas où les institués devenus héritiers décéderaient dans un délai déterminé, et, pour ce cas, leur donner un héritier. Tout ce qu'on permet au testateur, c'est de les obliger, par fidéicommis, de restituer tout ou partie de son hérédité à un tiers, conformément aux règles que nous exposerons en temps et lieu.

9. Extraneo vero, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere : quod jus quale sit, suo loco trademus.

EXPLICATION.

PR.

618. Les enfants impubères qui survivent au testateur sont

exposés à décéder avant l'âge de puberté, et, par conséquent, à mourir intestats. Pour éviter qu'il n'en fût ainsi, il n'y avait d'autre parti à prendre que de tester pour eux ; aussi l'usage (*moribus institutum*) a-t-il autorisé le père de famille qui fait son testament à faire également celui des impubères qu'il a sous sa puissance. Le père pourra donc d'abord instituer ses enfants, et pour le cas où ils ne recueilleraient pas son hérédité (*si heredes ei non extiterint*), appeler à leur défaut un substitué vulgaire, comme on l'a vu au titre précédent (*ut supra diximus*) ; puis, après avoir ainsi testé pour lui-même, il pourra tester pour ses enfants, dans la prévoyance du cas où, après avoir recueilli l'hérédité paternelle (*si heredes ei extiterint*), ils décéderaient impubères (*et ante pubertatem decesserint*). Dans ce but, il instituera un ou plusieurs héritiers, qui succéderont, non plus à lui, mais à eux (*ipse filio fit heres*).

616. Le testament des fils de famille impubères, ainsi fait par le testateur à la puissance duquel ils se trouvent soumis, forme la substitution dite au second cas, ou pupillaire [1]. On l'appelle pupillaire parce que le père ne teste pas ainsi pour tous les fils de famille, mais seulement pour ceux qui à sa mort ne retomberont sous aucune autre puissance, et se trouveront pupilles, c'est-à-dire *sui juris* et impubères [209]. On leur donne un héritier dans le même cas où, d'après les règles précédemment exposées [212], on leur nomme un tuteur. Quant aux petits-enfants qui, bien que fils de famille, ne sont pas sous la puissance immédiate du testateur, ce dernier ne peut faire leur testament que dans la prévoyance du cas où ils prendraient, de son vivant, la place de leur père ; et alors il doit les déshériter ou les instituer pour que leur quasi-agnation ne rompe point le testament paternel [570], car sa chute entraînerait celle du testament pupillaire [2].

§ II.

617. On voit aisément que toute substitution pupillaire contient deux testaments, celui du père et celui du fils de famille (*alterum patris, alterum filii*), et que ce dernier est considéré comme fait par le pupille lui-même (*tanquam ipse filius sibi heredem instituisset*). Cela suppose nécessairement, dans la per-

[1] *Diocl. et Max. C.* 8, *de impub. et al.* — [2] *Ulp. fr.* 2, *de vulg. et pup.*

sonne dont on fait le testament, le droit d'en avoir un, sinon actuellement, du moins à la mort du testateur. Ce droit, qu'on appelle faction de testament, appartiendra au fils de famille dès qu'il deviendra *sui juris* par le décès du testateur, et c'est aussi pour le moment de son décès, pour l'époque à laquelle se réfère son propre testament, que le père exerce le droit futur de ses enfants, en raison de la puissance qui les unit à lui. Ainsi la substitution pupillaire ne doit être faite par le père de famille, que pour les impubères qui, se trouvant sous sa puissance lorsqu'il fait la substitution et lorsqu'il meurt (*a*), deviennent pupilles par son décès (1). Ainsi encore, cette substitution ne peut être faite ni pour les enfants pubères ni pour les enfants émancipés, même par le père, ni dans aucun cas par la mère, par les ascendants maternels ou par les étrangers (2).

618. La substitution pupillaire suppose, comme nous l'avons dit, deux testaments, ou du moins un testament double dans son objet, puisqu'il dispose de deux hérédités (*duarum causarum*). Cette dernière observation n'est pas inutile pour l'intelligence de plusieurs textes qui considèrent le testament du père et celui du fils comme n'en faisant qu'un (3). Tout dépend du rapport sous lequel on envisage la substitution pupillaire : elle suppose deux institutions qui défèrent deux hérédités (*b*) ; elle a donc l'effet de deux testaments, mais pour les

(1) *Pr. h. t.; Ulp. fr.* 2, *de vulg.; Pap. fr.* 41, § 2, *eod.* — (2) § 9, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 20, *de vulg. et pup.; Paul. fr.* 1, *quando dies legat.; Nerat. fr.* 59, *de adq. vel. omitt. her.*

(*a*) Malgré le texte formel du *pr.* (*liberis... quos in potestate habet*), on a soutenu qu'il suffit au pupille d'avoir été fils de famille à l'époque de la mort, et ce par une fausse interprétation du texte d'Ulpien (*fr.* 2, *h. t.*), où il s'agit d'un testateur qui institue un pupille étranger, l'adopte, et ensuite lui substitue pupillairement. A la vérité, le pupille n'était pas sous la puissance du testateur à l'époque où il a fait son propre testament, mais il y était à l'époque de la substitution, et cela suffit; car le père, après avoir fait son propre testament, n'est pas obligé de faire incontinent la substitution pupillaire (*Pomp. fr.* 16, § 1, *eod.*). Il n'y a donc rien à conclure de là contre le principe admis dans les dispositions testamentaires, que la capacité du disposant doit avoir existé, pour la validité de l'acte, au moment de sa confection, et, pour son effet, au moment de la mort (v. § 4, *de hered. qual.*).

(*b*) Ce principe a été controversé. Plusieurs jurisconsultes dont le système a laissé des traces (v. *Nerat. fr.* 59, *de adq. vel omitt. her.*; *Paul. fr.* 1, *quand. dies legat.*; *Ulp. fr.* 7, § 5 *et* 6, *de liber. legat.*; *Javol. fr.* 28, *de reb. auct. jud.*), ne voyaient dans l'hérédité du pupille qu'une portion intégrante de l'hérédité paternelle, portion déférée par un seul et même testament sous une condition spéciale (v. 623).

formes extérieures et pour la validité de l'acte, il n'y en a véritablement qu'un.

§ V.

619. C'est ce qui me semble démontré par les propositions énoncées dans ce paragraphe, et qu'il importe de remarquer;

1° En effet, le père, à moins qu'il ne soit militaire (1), ne peut tester pour son fils, sans tester en même temps ou sans avoir déjà testé pour lui-même : il peut donc exister un intervalle entre l'institution que le testateur fait pour lui, et celle qu'il fait pour son fils (2) ; mais, dans ce cas, le testament du père doit précéder celui du pupille, tandis que lorsqu'ils sont faits par un seul et même acte, il n'y a plus aucun ordre prescrit (3).

2° La substitution pupillaire est une portion et un accessoire (*pars et sequela*) du testament paternel, dont elle suit en tout la destinée, quelle que soit d'ailleurs la cause qui rend le père de famille intestat (4).

§ III.

620. Au surplus, les deux institutions peuvent être, l'une écrite, l'autre nuncupative ; l'une patente, l'autre secrète (5).

Il importe souvent à la sûreté de celui pour qui se fait la substitution pupillaire, qu'elle reste secrète non seulement jusqu'à la mort du père, mais même pendant la vie du pupille ; Justinien rapporte ici, d'après Gaius, les précautions usitées en pareil cas.

§ IV.

621. Jusqu'à ce moment nous avons supposé que le fils de famille, à qui la substitution pupillaire donne un héritier, a été lui-même institué par le testateur ; mais il pourrait aussi être exhérédé, et la substitution pupillaire n'en serait pas moins valable (6), car ce n'est pas des biens du père, c'est des biens du fils qu'elle dispose (7). Dans tous les cas, elle défère au substitué l'hérédité du pupille telle que celui-ci la laisse en mourant, et

(1) *Ulp. fr. 2, § 1, de vulg. et pup.* — (2) *Pomp. fr. 16, § 1, eod.* — (3) *Ulp. d. fr. 2, §§ 2, 4 et 5, eod.* — (4) *Ulp. d. fr. 2, pr. et § 1, eod ; fr. 8, § 2, de inoff. test.* — (5) *Ulp. fr. 20, pr. et § 1, de vulg. et pup.* — (6) *Text. hic : Modest. fr. 4, § 2, de vulg. et pup.* — (7) *Ulp. fr. 10, § 5, eod.*

quelle que soit l'origine des biens qu'il transmet ; car, soit qu'il ait recueilli l'hérédité paternelle, désormais confondue dans la sienne, soit que, privé de cette hérédité par une exhérédation, le pupille ne laisse que des biens provenant de toute autre source ([1]), il transmettra tous ses droits et toutes les charges dont il était tenu, sans que son héritier puisse ni scinder le patrimoine qui lui est dévolu ([2]), ni être soumis à d'autres obligations que celles dont le pupille était tenu (*a*).

Il y a cependant une substitution qui ne défère qu'une partie des biens du pupille ; c'est celle que fait l'adrogeant. Son effet est limité aux biens que le pupille a acquis de l'adrogeant ou qui lui ont été donnés en considération de ce dernier ([3]). Les autres, ainsi que nous l'avons déjà vu [176], sont restitués aux personnes qui les auraient recueillis si l'adrogation n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire aux personnes qui se trouvaient appelées à l'hérédité testamentaire par une substitution pupillaire antérieure à l'adrogation [626], et à leur défaut aux agnats que le droit civil reconnaît comme héritiers légitimes [834].

§ VI.

622. L'usage a autorisé plusieurs genres de substitution pupillaire. On remarque, entre autres, celle que le testateur fait pour chaque enfant en particulier (*singulis liberis*), par opposition à celle qu'il ferait seulement pour celui qui mourra le dernier de tous, étant encore impubère (*ei qui novissimus impubes morietur*). Dans le premier cas, il y a autant de substitutions que de pupilles, et aucun d'eux ne meurt sans testament ; le second mode, au contraire, laisse intestats tous ceux auxquels un autre survit, parce qu'ils ne sont pas derniers mourants, et le dernier mourant lui-même, lorsqu'il n'est plus impubère (*b*). Pour

([1]) *Text. hic.* — ([2]) *Pap. fr.* 12, *eod.* — ([3]) *Ulp. fr.* 10, § 6, *eod.*

(*a*) Sauf peut-être le cas où le pupille, institué par son père, se serait abstenu, en profitant de l'avantage que lui accorde le droit prétorien (v. § 2, *de hered. qual.*). Dans ce cas, le pupille est dispensé de répondre aux créanciers paternels ; mais la même faveur serait-elle continuée à son héritier ? Sur ce point, Ulpien et Marcellus (*fr.* 42, *de adq. vel omitt. hered.*) paraissent ne pas s'accorder avec Julien (*d. fr.* 42) et Javolenus (*fr.* 28, *de reb. auct. jud.*).

(*b*) *Pap. fr.* 41, § 7, *de vul. et pup.* On est le dernier (*novissimus*) par cela seul qu'on n'a personne après soi, ne fût-on d'ailleurs précédé par personne (*Afric. fr.* 34, *eod.*). Si tous les pupilles mouraient en même temps, la substitution vaudrait pour tous (*Afric. fr.* 34 ; *Pap. fr.* 42, *eod.*)

que la substitution obtienne son effet, il faut donc que le survivant décède avant la puberté.

§ VII.

623. Relativement à la désignation des substitués, les substitutions sont nominatives ou générales ; dans ces dernières, le testateur, sans nommer personne, appelle ceux qu'il aura eus lui-même pour héritiers (*quisquis mihi heres erit*), ce qui suppose que le pupille ne sera pas héritier, ou du moins ne sera pas seul héritier de son père. Prenons donc pour exemple l'hypothèse où quatre étrangers sont institués par le testateur, et substitués pupillairement en vertu de la clause générale *quisquis mihi heres erit.*

Le premier accepte l'hérédité du père, et survit au fils.

Le second accepte également, mais décède avant le pupille.

Le troisième, au contraire, répudie l'hérédité du père et survit au fils.

Le quatrième est un esclave qui, par ordre de son maître, recueille l'hérédité du testateur, et ensuite devient libre.

Si le pupille décède, il aura pour héritier, en vertu de la substitution, ceux qui, institués héritiers du père (*qui et scripti sunt*), sont effectivement devenus tels (*et extiterunt*). Cette double condition exclut, premièrement, les héritiers du second institué (*a*) et le maître du quatrième ([1]), parce que ce n'est pas eux personnellement que le testateur avait appelés, et, secondement, le troisième institué, parce qu'il a répudié l'hérédité du testateur ([2]) ; mais rien n'exclut le premier institué, ni le quatrième qui est devenu *sui juris ;* car tous deux, personnellement appelés à l'hérédité du testateur, l'ont acquise, l'un pour soi-même, l'autre pour le maître dont il dépendait alors. Ainsi, l'hérédité du pupille sera déférée au premier et au quatrième ; et elle se divisera entre eux en raison des parts qu'ils auront

([1]) *Modest fr.* 3 ; *Ulp. fr.* 8, § 1, *de vulg. et pup.* — ([2]) *Afric. fr.* 34, § 1, *eod.*

(*a*) *Ulp. fr.* 10, *de vulg. et pupil.* Neratius (*fr.* 59, *de adq. vel omitt. her.*) décide, au contraire, que les héritiers du père sont nécessairement, et malgré eux, héritiers du pupille, et que l'hérédité de ce dernier, ouverte même après leur décès, se réunit à l'hérédité paternelle par droit d'accroissement. Cette opposition dérive de la controverse dont on a parlé ci-dessus (618). Au surplus, la décision de Neratius est expressément confirmée par Justinien (*C.* 20, *de jur. del.*).

recueillies dans l'hérédité paternelle (*pro qua parte heredes facti sunt*) ; car ici, comme dans la substitution vulgaire [612], la désignation des parts exprimées dans l'institution s'applique tacitement à la substitution. Il en est autrement de ceux qui ont été substitués nommément ; ils profitent de la substitution et succèdent au pupille indépendamment des qualités et des parts qu'ils ont pu prendre dans l'hérédité du père (1)

624. On distingue encore des substitutions expresses et tacites. Justinien nous a donné (2) l'exemple d'un pupille institué par son père avec une double substitution vulgaire et pupillaire, établie par la volonté formelle du testateur. La substitution serait également double, si le testateur en instituant son fils impubère n'exprimait que l'un des deux cas de substitution : le cas exprimé est censé comprendre l'autre comme substitution tacite (3), d'après l'intention présumée du testateur, et lorsque les circonstances n'indiquent point une intention contraire (4).

§ VIII.

625. La substitution pupillaire cesse de valoir, 1° dès que le pupille ou la pupille sont habiles à tester pour eux-mêmes, c'est-à-dire, dès qu'ils ont atteint le dernier jour, l'un de sa quatorzième, l'autre de sa douzième année (5). La substitution pupillaire finirait plus tôt encore, si le père de famille déterminait un âge moins avancé. A cet égard il a toute latitude jusqu'à la puberté, mais sans pouvoir dépasser cette limite (6). La substitution pupillaire s'évanouit, 2° lorsque le testament paternel, sans lequel celui du pupille ne peut subsister, est infirmé d'une manière quelconque (7); mais le plus petit effet conservé au testament paternel, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, suffit pour soutenir la substitution (8); 3° lorsque les enfants meurent avant le père; alors, en effet, ils n'ont jamais été ni pères de famille, ni capables d'avoir un testament (9); 4° par tous les changements de famille que peut éprouver le pupille, soit avant, soit après la mort de son père: car, dans le premier cas, le testateur perd la puissance paternelle (10) ; dans le second cas, le pupille cesse d'être *sui juris*

(1) *Justin. C.* 11, *de imp. et al.* — (2) *Pr., h. t.* — (3) *Fr.* 4, *h. t.* — (4) *Alex. C.* 4 ; *Diocl. et Max. C.* 8, *de imp. et al.* — (5) *Ulp. fr.* 5, *qui test. fac. poss.* — (6) *Pomp. fr.* 14 ; *Paul. fr.* 38, § 1 ; *fr.* 43, § 1, *de vulg. et pup.* — (7) *Ulp. fr.* 10. § 4; *Pomp. fr.* 16. § 1, *de vulg. et pup.* — (8) *Paul. fr.* 38, § 3; *Afric. fr.* 34, § 2, *eod.* — (9) *Pap. fr.* 10, *de capt. et post.* — (10) *Pap. fr.* 41, § 2, *de vulg. et pup.*

et n'a plus le droit d'avoir un testament. C'est ce qui arrive en cas d'adrogation.

626. Néanmoins les biens de l'adrogé qui décède impubère reviennent toujours au substitué, comme s'il n'y avait point eu d'adrogation; mais ce n'est pas directement et par l'effet d'une substitution infirmée, c'est en vertu des obligations que l'adrogeant contracte [176] par une stipulation qui profite aux substitués pupillaires, sil y en a, sinon aux héritiers légitimes de l'adrogé, substitués ou héritiers improprement dits, puisqu'un fils de famille n'a point d'hérédité (1).

§ IX.

627. On vient de voir par qui et pour qui peut être faite la substitution pupillaire [615]. Elle n'est permise à aucun autre, ni pour aucun autre; mais un testateur quelconque peut charger son héritier de remettre à d'autres tout ou partie de l'hérédité; et comme cette obligation ou, pour parler plus exactement, ce fidéicommis peut être imposé sous telle condition que veut le testateur, on imite facilement la substitution pupillaire, en instituant un pupille, et en le chargeant de restituer l'hérédité s'il décède impubère. Néanmoins il y a toujours cette différence, qu'ici le testateur dispose uniquement de sa propre hérédité; le fidéicommissaire à qui elle sera restituée n'est point héritier du pupille qui doit faire la restitution, et n'a rien à prétendre sur les biens de ce dernier; il reçoit donc tout au plus [783] ce que l'institué a lui-même reçu du testateur (2).

628. On définit la substitution en général, l'institution d'un héritier dans un degré inférieur (3). Cette définition est parfaitement exacte pour les substitués vulgaires; mais les substitués pupillaires ne sont point héritiers du père, et arrivent au premier rang dans l'hérédité du pupille: cela devient surtout manifeste lorsque le pupille a été exhérédé. Sous quel rapport le testament qu'un père fait pour ses enfants peut-il donc être considéré comme substitution? Sous aucun rapport assurément, lorsqu'on admet la définition précédente; mais si nous observons, d'une part, que le testament de l'impubère n'existe qu'avec

(1) *Pap. fr.* 40, *de vulg. et pup.* — (2) *Text. hic*; *Pap. fr.* 41, § 3, *de vulg. et pup.* — (3) *Modest. fr.* 1, *eod.*

celui et par celui du père [619], et, d'autre part, que la substitution vulgaire, ou institution au second degré, est subsidiaire à l'institution au premier degré, ou institution proprement dite, nous reconnaîtrons qu'une substitution est en général une institution subordonnée à une autre institution : car les substitutions vulgaire, pupillaire, exemplaire, et même la substitution indirecte dite fidéicommissaire ([1]), dépendent, quoique d'une manière différente, d'une autre institution. En effet, la substitution vulgaire produit son effet lorsque l'institution proprement dite ne produit pas le sien [605, 606]. La validité des autres substitutions dépend, au contraire, de la validité de l'institution primitive et de l'effet qu'elle produit [619, 625].

§ I.

629. La faiblesse de l'âge n'est pas la seule cause qui prive un père de famille de l'exercice du droit de tester : la folie, l'imbécillité et plusieurs autres maladies ont le même effet ; cependant l'usage de tester pour les fous et autres incapables de ce genre ne s'est pas établi d'une manière aussi générale que pour les pupilles : il fallait obtenir du prince une permission spéciale ([2]). Justinien accorde en principe général la faculté de faire le testament des insensés, pour le cas où ils décéderaient avant de recouvrer la raison, comme on fait le testament des pupilles, pour le cas où ils mourraient avant la puberté. Aussi l'Empereur a-t-il, en quelque sorte, calqué sur la substitution pupillaire cette nouvelle substitution, que l'on nomme exemplaire (*ad exemplum pupillaris substitutionis*) ou quasi-pupillaire.

Mais quelle que soit l'analogie, ce n'est pas au seul père de famille qu'il appartient ici de tester pour ses enfants ; cette faculté est aussi accordée à la mère et aux autres ascendants paternels ou maternels d'enfants émancipés ou retenus sous puissance. Ce n'est donc plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de substituer, mais sur le lien du sang et sur l'affection commune de tous les ascendants. Toutefois, pour éviter la multiplicité des testaments, et pour se conformer à la règle de droit qui n'en laisse jamais deux à la même personne [635], on doit penser que le droit attribué aux ascendants ne s'exerce

([1]) § 2. *de Codicill.* — ([2]) *Paul fr.* 43, *de vulg. et pup.*

qu'après la mort du père de famille, ou que du moins, en cas de concours, la substitution par lui faite l'emporte sur les autres.

Le père de famille qui substitue à ses enfants impubères, leur donne tel héritier qu'il veut. Dans la substitution exemplaire, le choix n'est entièrement libre qu'à défaut de certaines personnes. Le testateur doit prendre le substitué ou les substitués parmi les enfants, et à leur défaut parmi les frères de l'incapable.

630. On observe généralement, comme troisième différence, que la substitution exemplaire ne peut pas avoir lieu pour les enfants déshérités, quoiqu'on puisse déshériter les enfants auxquels on substitue pupillairement. La vérité est que Justinien, dans sa constitution [1], ne parle ni d'institution ni d'exhérédation : il s'occupe seulement de la légitime que l'ascendant testateur doit laisser à ses enfants. Or, en donnant cette légitime, le testateur ne remplit point une condition nécessaire à la validité du testament ; ce n'est là qu'une précaution contre la rescision à laquelle toute exhérédation expose, comme inofficieux, le testament que l'ascendant fait pour lui-même [654], et par suite la substitution, c'est-à-dire le testament qu'il fait pour ses enfants. Sous ce rapport, il n'existe aucune différence entre la substitution pupillaire et celle dont il est ici question.

[1] *C. 9, de imp. et al.*

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

1. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui est sui juris, aut per prætorem

TITRE XVII.

DE QUELLES MANIÈRES LES TESTAMENTS SONT INFIRMÉS.

Un testament légalement fait reste valable, tant qu'il n'est pas rompu ou annulé.

1. Un testament se rompt lorsqu'il perd sa force, sans que le testateur change d'état. En effet, lorsque le testateur adopte pour fils, soit par rescrit du prince, un père de famille, soit devant le préteur et dans le cas prévu par notre constitution, une personne sou-

mise à la puissance paternelle, le testament qu'il avait fait antérieurement est rompu, comme il le serait par l'agnation d'un héritier sien.

2. Un testament postérieur, légalement fait, rompt aussi le testament antérieur, et peu importe que le dernier donne ou ne donne pas d'héritier : on examine seulement s'il a pu en donner dans un cas quelconque. Conséquemment, si l'institué refuse, s'il décède soit avant, soit après le testateur, mais avant de faire adition d'hérédité, ou si la condition sous laquelle il était institué ne s'accomplit pas, dans ces différents cas, le père de famille décède intestat; car le premier testament rompu par le second n'est pas valable, et le second reste également sans force, puisqu'il ne donne aucun héritier.

3. Si après avoir fait un testament valable, on en fait un second également valable, quoique l'héritier soit institué dans ce dernier pour certains objets déterminés, le premier testament n'en est pas moins détruit, suivant un rescrit des empereurs Sévère et Antonin. Nous avons fait insérer ici la teneur de cette constitution, parce qu'elle contient encore une autre décision. « Les empereurs Sévère et Antonin à Cocceius Campanus. Un second testament, dans lequel l'héritier a été institué pour certains objets déterminés, a néanmoins toute sa validité, comme s'il n'avait été fait mention d'au-

secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui heredis.

2. Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur; nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non : hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur : nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

3. Sed et si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum est : « Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit; perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri

heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet. » Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

4. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

5. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quæ rumpantur irrita fiant, et quæ statim ab initio, non jure fiunt irrita sunt; et ea quæ jure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secun-

cun objet. Toutefois l'héritier sera tenu de restituer l'hérédité aux personnes instituées dans le premier testament, et de se contenter des objets à lui donnés, ou du quart qu'on lui complétera d'après la loi Falcidie. La clause insérée au second testament, et qui maintient la validité du premier, ne permet à cet égard aucun doute. » C'est ainsi qu'un testament se trouve rompu.

4. Les testaments régulièrement faits sont encore infirmés d'une autre manière, savoir, lorsque le testateur subit la *capitis deminutio*, dans les circonstances que nous avons indiquées au premier livre.

5. Dans ce cas, on dit que le testament est annulé; toutefois les testaments rompus sont également annulés, et ceux qui, dès le principe, n'ont pas été régulièrement faits, sont nuls. D'un autre côté, lorsqu'un testament régulièrement fait se trouve annulé par la *capitis deminutio*, on peut dire qu'il est rompu; mais il vaut mieux distinguer chaque chose par un nom particulier: aussi dit-on de certains testaments qu'ils sont irrégulièrement faits; de certains autres, régulièrement faits, qu'ils sont rompus ou annulés.

6. Ne sont cependant pas absolument inutiles les testaments qui, régulièrement faits dans le principe, ont été annulés par la *capitis deminutio*; car, lorsqu'ils sont munis des cachets de sept témoins, l'héritier institué peut obtenir la

possession de biens conformément aux dispositions du testament, pourvu toutefois que le défunt ait été citoyen romain et père de famille à l'époque de sa mort. Autrement, si l'annulation du testament vient soit de ce que le testateur a perdu le droit de cité ou même la liberté, soit de ce qu'il s'est donné en adoption, et si au moment de sa mort il se trouve encore sous la puissance du père adoptif, l'héritier institué ne pourra demander la possession de biens conformément aux dispositions du testament.

7. Un testament ne peut être infirmé par cela seul que le testateur a voulu qu'il cessât de valoir (1). Il ne suffit même pas, après avoir fait un premier testament, d'en commencer un second qui reste inachevé, soit parce que la mort prévient le testateur, soit parce qu'il change d'intention. Un discours de l'empereur Pertinax décide qu'un premier testament régulièrement fait ne peut être annulé qu'autant que le second a été régulièrement achevé; car un testament non achevé est évidemment nul.

8. Dans le même discours, Pertinax déclare qu'il n'acceptera pas l'hérédité de ceux qui institueront

(1) Le testament reste valable tant que le testateur ne manifeste aucune volonté contraire; mais s'il a exprimé une volonté contraire, soit en présence de trois témoins, soit par acte public, le testament sera annulé dix ans après.

dum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit; nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

7. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere (1): usque adeo ut, et si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

8. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa

(1) Siquis condidit testamentum, si quidem nulla contraria voluntas apparuerit, hoc esse firmum. Sin autem testator contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum. (*L. 27. C. de testam.*)

principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum; neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hæc divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : LICET ENIM (inquiunt) LEGIBUS SOLUTI SIMUS, ATTAMEN LEGIBUS VIVIMUS.

le prince à l'occasion d'un procès ; qu'il n'approuvera point le testament irrégulier, dans lequel on l'aura institué à cause de l'irrégularité même; qu'il n'acceptera pas le titre d'héritier sur la foi d'un simple témoignage, et ne recevra rien en vertu d'un écrit dépourvu d'autorité légale. Les empereurs Sévère et Antonin ont souvent répondu dans le même sens. « Car, bien que placés au-dessus des lois, nous vivons, disent-ils, dans l'observation des lois. »

EXPLICATION.

PR. et § I.

631. Un testament fait par celui qui a *factio testamenti*, suivant les règles exposées au titre 12, avec les formes prescrites aux titres 10 et 11, et dont l'auteur a observé: 1° de ne point omettre les héritiers siens qu'il avait au moment de la confection, comme on l'exige au titre 13; 2° d'instituer au moins un héritier d'après les règles détaillées au titre 14, un pareil testament est valable, régulièrement ou légalement fait (*jure factum*). Si toutes ces conditions ne concourent pas, le testament est nul *non jure factum* ou *injustum* (1), et conséquemment ne produit aucun effet. Mais il ne suffit pas qu'un testament ait été valable dans son origine ; il doit continuer de valoir pendant toute la vie du testateur, et nous voyons ici qu'il cesse de valoir quand il est rompu (*rumpatur*), ou quand il devient inutile, *irritum* (2).

Ces expressions, *ruptum* et *irritum*, appliquées aux testaments, se prennent quelquefois l'une pour l'autre (3). Cependant, comme il importe de désigner chaque chose par un nom particulier, on s'est généralement accordé à distinguer certains testaments qui n'ont jamais eu d'existence légale (*quæ non jure*

(1) *Text. hic*; *V. Pap. fr.* 1, *de inj. rupt.* — (2) *Ulp.* 23 *reg.* 1. — (3) § 5, *h. t.*

fiunt), de ceux qui, au contraire, ont été *jure facta;* et parmi ces derniers, on distingue encore en cas d'infirmation, les testaments *rupta* et ceux qui deviennent *irrita*.

§ I.

632. Lorsque l'infirmation arrive par une cause étrangère à l'état et à la capacité du testateur, le testament est *ruptum*; il devient *irritum* par toutes les causes qui enlèvent au testateur son état et ses droits ([1]).

La rupture a lieu de deux manières, et d'abord, par la survenance ou l'agnation de tout héritier sien qui n'a été ni institué, ni légalement déshérité ([2]).

Nous avons vu précédemment comment on peut éviter cette rupture en instituant ou en déshéritant les posthumes et quasi-posthumes qui, après la confection du testament, naissent héritiers siens, ou le deviennent en prenant la place de ceux qui les précédaient [568, 570].

633. On s'occupe ici des héritiers siens qui surviennent dans la famille, non par naissance, mais par l'agnation civile qui résulte de leur adoption. Sauf les distinctions introduites par Justinien [171], l'agnation d'un enfant adoptif, comme celle d'un enfant naturel, infirme le testament du père de famille, et l'effet de la première est d'autant plus certain que le testateur ne peut pas déshériter par avance les personnes que l'adoption placera plus tard sous sa puissance immédiate. Le testament ne serait pas moins rompu : aussi Justinien, traitant de la rupture du testament par l'agnation d'un héritier sien, n'a-t-il cité dans ce titre que le cas d'adoption, parce que l'agnation de l'adopté, sans être la seule qui rompe le testament, est la seule qu'on ne puisse pas prévenir.

634. Telle était à cet égard la rigueur du principe, que l'institution d'un étranger n'aurait pas été plus utile que son exhérédation, et qu'un fils institué ne pouvait pas être émancipé sans rompre le testament de son père en retombant sous sa puissance après la manumission qui suit la première et la seconde mancipation ([3]). Toutefois Scævola et Papinien décident d'une part que les enfants émancipés, rentrant par adrogation dans la famille de leur père, ne rompent point le testament

([1]) §§ 4 et 5, h. t. — ([2]) Ulp. 23 reg. 2. — ([3]) Gaius, 2 inst. 140, 141.

dans lequel celui-ci les a exhérédés ([1]), et d'autre part que l'héritier institué peut être adopté par le testateur sans qu'il arrive aucune rupture ([2]). Cette opinion a prévalu dans le Digeste et même dans les Institutes, puisque Justinien a modifié le texte de Gaïus en supprimant un mot qui indiquait une rupture inévitable ([3]). L'adopté, devenant fils de famille du testateur, ne rompra donc pas le testament dans lequel il se trouve valablement institué.

A l'agnation des enfants adoptifs, il faut assimiler, dans le nouveau droit, celle des enfants naturels, qui, offerts à la curie ou légitimés par mariage subséquent, acquièrent le titre et les droits d'héritiers siens ([4]).

§ II.

635. La rupture du testament arrive encore par la confection d'un testament postérieur.

En instituant un héritier, le testateur dispose de toute l'hérédité. Il est donc aussi impossible de mourir avec deux testaments que de donner deux fois la même chose en totalité; et comme la volonté du testateur est ambulatoire et variable jusqu'au dernier moment de sa vie, en cas de concours entre deux testaments qui ne peuvent subsister ensemble, le second détruit nécessairement le premier ([5]).

Le second testament ne produit cet effet que lorsqu'il est régulier (*a*) : autrement, l'acte que l'on voudrait considérer comme un nouveau testament serait nul et sans effet.

636. Au surplus (ce qu'il faut bien observer), c'est au

([1]) *Pap. fr.* 23, *de lib. et post.* — ([2]) *Pap. d. fr.* 23, § 1, *eod.*; *Scæv. fr.* 18, *de inj. rupt.* — ([3]) *Omnimodo rumpitur* ; *Gaius*, 2 *inst.* 138. — ([4]) § 2, *de her. quæ ab intest.* — ([5]) *Ulp.* 23 *reg.* 2 ; *Justin. C.* 27, *de testam.*

(*a*) JURE PERFECTUM (*text. hic*), JURE FACTUM (*Ulp.* 23 *reg.* 2), c'est-à-dire de la manière requise pour chaque espèce de testament; car le testament militaire, et celui que le père fait *inter liberos*, dispensés, l'un de toutes, l'autre de presque toutes les solennités, sont des testaments réguliers qui rompent le testament antérieur (*Ulp. fr.* 2, *de injust. rupt.*; V. *Theod. et Valent. C.* 21, § 1, *de test.*), quoiqu'on les appelle quelquefois imparfaits, sous le rapport des formalités qui leur manquent d'après la règle générale (*Paul. fr.* 34, § 1, *de test. mil.*). Jusqu'ici on ne rencontre donc pas d'exception; mais Ulpien (*d. fr.* 2) déroge véritablement à la règle, lorsqu'il déclare que le premier testament se trouve rompu par un second testament irrégulier, pourvu que ce dernier institue un hériter *qui ab intestato venire potest*. Toutefois voyez Théodose (*C.* 21, § 3, *de test.*).

premier moment de son existence que le second testament infirme le testament antérieur, quelles que soient d'ailleurs les causes qui dans la suite empêcheraient l'exécution du second. On n'examine pas si ce nouveau testament a donné un héritier au testateur, mais seulement s'il a pu lui en donner dans un cas quelconque (*aliquo casu*); et lors même que l'héritier n'est institué dans ce second testament que sous condition, la rupture du premier testament n'en est pas moins définitive. Nous parlons ici de la condition proprement dite, qui subordonne l'institution à un événement possible, et permet d'espérer que le second testament produira son effet, par opposition aux conditions improprement dites qui se réfèrent à un événement passé ou présent [597]; car si cet événement n'est pas actuellement réalisé, il ne le sera jamais. Alors il n'y a aucun effet à espérer du second testament, et par conséquent il n'occasionne aucune rupture (1).

Pour nous résumer sur ce point, nous dirons donc que la rupture résulte ici de l'existence d'un testament postérieur, susceptible de donner un héritier au testateur.

§ III.

637. Un testament postérieur a présenté ces deux circonstances : 1° qu'il ne donnait à l'institué qu'une portion de l'hérédité, ou même un objet déterminé ; 2° qu'il confirmait expressément le premier testament.

Sur le premier point, on applique le principe qui répute non écrite, dans une institution, la mention d'un objet déterminé, *perinde ac si rerum mentio facta non esset* [596].

La seconde question est également tranchée par cet autre principe qui empêche le défunt d'avoir deux testaments : ainsi le premier est rompu (2), malgré la confirmation expresse que contient le second. Toutefois, pour donner à la volonté du testateur l'effet dont elle est susceptible, on la considère comme un fidéicommis, qui oblige l'héritier de restituer l'hérédité aux personnes instituées dans le premier testament, sauf la déduction permise pour compléter le quart, qui, d'après la loi Falcidie (*suppleta quarta ex lege Falcidia*), ou plutôt d'après le sénatusconsulte Pégasien, doit rester à l'héritier [783].

(1) *Pomp. fr. 16, de injust. rupt.* — (2) *Text. hic, in fin.*

§ VII.

638. De tout ce qui précède, il résulte évidemment qu'un testament irrégulier n'établit point de concours, et, par conséquent, ne révoque point celui qui l'a précédé, ce qui s'applique, à plus forte raison, au testament incomplet ou non achevé. Toutefois la révocation qu'il n'opère pas comme testament, ne peut-il pas l'opérer comme indice d'un changement certain dans la volonté du testateur? Sans doute le testament commencé indique une volonté nouvelle, mais ce n'est pas celle de mourir intestat; et cependant le père de famille décéderait intestat si son premier testament était rompu, sans être en même temps remplacé par un second.

D'un autre côté, la révocation d'un testament ne résulte jamais de la seule volonté du défunt, *ex eo solo quod postea id noluit valere*. En effet, la révocation est une disposition nouvelle qui change la personne de l'héritier et la nature même de l'hérédité : cette dernière cesse d'être testamentaire pour devenir légitime. Ce changement ne doit donc s'opérer que dans les formes légales.

639. Au surplus, les moyens de révocation ne manquent point au testateur. Il peut supprimer l'acte même ou le dénaturer soit en effaçant l'écriture, soit en rompant les cachets (1).

Théodose (2) avait ordonné que les testaments cesseraient de valoir dix ans après leur confection. Justinien (3), au contraire, exige un changement de volonté manifesté par acte authentique ou devant trois témoins, et confirmé par l'expiration du même délai.

§ VIII.

640. La décision du paragraphe précédent est tirée d'un discours de Pertinax (*divi Pertinacis oratione*), c'est-à-dire d'un sénatus-consulte rendu sur sa proposition [15].

Par ce même sénatus-consulte, Pertinax déclare : 1° Qu'il repoussera l'hérédité à laquelle on l'appellerait *litis causa*, c'est-à-dire en haine des personnes avec qui le testateur est en procès et pour leur opposer un adversaire puissant (4);

(1) *Scævol. fr.* 20, *de inj. rupt.* V. *Ulp., Marcel. et Pap. fr.* 1, 2, 3 et 4, *de his quæ in test. del.* — (2) *C.* 6, *C. Th., de testam.* — (3) *C.* 27, *de testam.* — (4) *Paul.* 5 *sent.* 12, § 8.

2° Qu'il ne validera pas (*non probaturum*) le testament nul dans lequel on l'aurait institué *ob eam causam*, c'est-à-dire à cause de la nullité, et pour en couvrir le vice ;

3° Qu'il n'acceptera point la qualité d'héritier *ex nuda voce* (1) par suite de simples propos dans lesquels un particulier se serait vanté d'instituer l'empereur ;

4° Enfin, qu'il ne recevra rien, même en vertu d'une disposition écrite (*ex ulla scriptura*), si elle n'est pas conforme aux règles du droit (*a*).

Remarquons à cet égard que l'empereur est au-dessus des lois (*legibus solutus*) ; mais qu'en s'y soumettant lui-même, le prince donne un exemple digne de la majesté souveraine (2).

§ IV.

641. Le testament devient *irritum* lorsque le testateur est CAPITE MINUTUS (3), soit parce que devenu chef ou membre d'une autre famille, il commence une existence nouvelle [427], soit parce qu'en cessant d'être *sui juris*, il perd la faction de testament.

Ce dernier motif ne s'applique point aux fils de famille émancipés ou donnés en adoption, puisque les premiers acquièrent une capacité nouvelle, tandis que les seconds conservent le droit de disposer encore des biens castrans. Aussi leur testament continue-t-il de valoir malgré la *capitis deminutio* (4) ; mais en s'accordant sur ce résultat, les jurisconsultes ne l'admettent pas tous par le même motif. Ulpien (5) écarte péremptoirement l'objection tirée de la *capitis deminutio*, en répondant que le testateur fils de famille était déjà considéré comme père de famille relativement aux biens castrans (6), et indépendam-

(1) *Text. hic.* V. *Paul.* 5 *sent.* 12, § 9. — (2) *Paul.* 4 *sent.* 5, § 3 ; *fr.* 23, *de legat.* 3° ; *Alex. C.* 3 ; *Theod. et Valent. C.* 4, *de legib.* — (3) *Text. hic* ; *Ulp.* 23 *reg.* 4. — (4) § 5, *de mil. test.* — (5) *Fr.* 6, § 13, *de injust. rupt.* — (6) *Ulp. fr.* 2, *de sc. Maced.*

(*a*) Voyez, dans le code Justinien, une constitution (*C.* 20, *de test.*) qui paraît avoir perdu son sens primitif. Honorius et Théodose, ses auteurs, voulaient, pour éviter toute espèce de fraude, que l'on ne pût pas révoquer un testament écrit par un testament nuncupatif dans lequel on instituerait le prince ou des hommes puissants (V. Pothier, 28 *Pand.* 3, n° 3, et Godefroy, sur la *C.* 5, *C. Th.*, *de testam.*). Il est bon d'observer ici combien Pertinax, S. Sévère, Honorius et Théodose diffèrent de Domitien ; il suffisait à ce dernier qu'un seul témoin déclarât avoir entendu dire au défunt que César serait son héritier. Voyez Suétone, ch. 12.

ment même de cette fiction, il incline à décider que le testament continue de valoir par cela seul que le testateur *capite minutus* conserve le droit de tester (1). D'autres jurisconsultes, au contraire, scrupuleusement attachés au fait de la *capitis deminutio* et à ses effets, décident que le testament est infirmé; mais comme un testateur militaire pourrait valider immédiatement les mêmes dispositions en manifestant de nouveau sa volonté (2), ils voient dans son silence la preuve d'une volonté persévérante (3); et suivant eux, c'est en vertu de cette volonté que le testament vaut *quasi ex nova militis voluntate* (4). Justinien reproduit ce système (5), et parce qu'il n'existe point d'intervalle entre l'infirmation et le renouvellement du testament, l'empereur a pu ajouter, sans trop d'inexactitude, que le testament n'est pas réellement infirmé, *nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

642. Les mêmes règles s'appliquent au testament du père de famille qui se donne en adrogation, pourvu toutefois qu'il soit militaire, et qu'en testant comme tel, il ait disposé seulement des biens castrans (6). Ainsi la question ne s'élève pas à l'égard d'un père de famille non militaire, parce que son testament ne peut pas être partiel; il faut être militaire ou fils de famille pour tester sur les biens castrans seulement. Voilà pourqui, sans doute, le § 5 *de mil. test.* se trouve placé dans un titre où Justinien traite en même temps du testament des militaires et de celui des fils de famille.

§ VI.

643. Le testament *ruptum* ou devenu *irritum* reste sans effet dans le droit civil : mais l'un et l'autre peuvent en certains cas conserver leur force dans le droit prétorien; car si le préteur se montre plus sévère que le droit civil dans l'intérêt des enfants auxquels il donne la possession de biens *contra tabulas*, il laisse à la volonté du testateur une plus grande latitude, dès qu'il ne s'agit plus des enfants. Aussi plusieurs testaments méconnus par le droit civil sont-ils exécutés par le droit honoraire qui admet les institués à la possession de biens *secundum tabulas*,

(1) *Ulp. d. fr.* 6, § 6, *de injust. rupt.* — (2) § 4, *de mil. test.* — (3) *Ulp. fr.* 15, § 2, *de test. mil.* — (4) *Marcian. fr.* 22, *eod.* — (5) § 5, *de mil. test.* — (6) *Tertull. fr.* 23, *de test. mil.*

lorsque le testament se trouve revêtu des formes prétoriennes [1], qui consistent dans la présence de sept témoins et dans l'apposition de leurs cachets (531).

C'est ainsi, par exemple, qu'un testament rompu par l'agnation d'un posthume défère la possession de biens aux institués, si le posthume décède avant le testateur [2]. Il en est de même pour un premier testament rompu par un testament postérieur que le testateur a détruit pour faire revivre le premier [3].

644. Les personnes instituées dans un testament devenu *irritum* peuvent aussi obtenir la possession de biens *secundum tabulas*, si le testateur, à l'époque de sa mort, se retrouve citoyen et père de famille [4], c'est-à-dire capable de tester. En effet, si, d'après le droit civil, la faction de testament qui existe au moment de la confection doit continuer jusqu'à la mort du testateur, et si par conséquent la moindre interruption suffit pour infirmer le testament, le droit prétorien est moins sévère. Il n'exige la faction de testament qu'à deux époques, celles de la confection et de la mort, sans avoir égard au temps intermédiaire [5].

Lorsque le testateur s'est donné en adrogation, l'infirmation du testament est volontaire. Aussi le préteur, pour ne pas agir contre l'intention du testateur, ne donne-t-il la possession de biens aux institués, qu'autant que l'adrogé, redevenu père de famille, a détruit la présomption du changement de volonté, en manifestant qu'il persévère dans ses anciennes dispositions (*a*).

[1] *Text. hic.; Julian. fr. 7, fr. 7, de b. p. sec. tab.* — [2] *Ulp. fr. 12, de inj. rupt.* — [3] *Pap. fr. 11, § 2, de b. p. sec. tab.* — [4] *Text. hic; Ulp. 23 reg. 6.* — [5] *Gaius, 2 inst. 147; Ulp. fr. 1, § 8, de b. p. sec. tab.*

(*a*) *Pap. fr.* 11, § 2, *de b. p. sec. tab.* Cette différence entre les effets de l'adrogation et ceux de toute autre *capitis deminutio* n'est pas reproduite dans les Institutes de Justinien. Vinnius aperçoit dans ce silence une omission sans conséquence; Pothier, une distinction supprimée. Cette dernière opinion paraîtrait d'autant plus probable que l'adrogation, sous Justinien, conserve à l'adrogé la nue propriété de tous ses biens (§ 2, *de adq. per adrog.*); mais nous savons aujourd'hui pourquoi Justinien ne fait point de distinction, c'est que Gaïus lui-même (2 *inst.* 147) n'en avait fait aucune.

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt ([1]), inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis; nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

1. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentium inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum ([2]). Soror autem et frater, *turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati*

([1]) Sancimus non licere penitus patri vel matri, avo vel aviæ, proavo vel proaviæ suum filium vel filiam vel ceteros liberos præterire, aut exheredes in suo facere testamento, nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento. Causas autem justas ingratitudinis certas esse decernimus. (*Nov.* 115, *cap.* 5.)

([2]) Sancimus non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo a rebus propriis in quibus habent testamenti licentiam, eos omnino alienare, nisi causas quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. (*Nov.* 115, *cap.* 4.)

TITRE XVIII.

DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

Souvent les parents déshéritent ou omettent leurs enfants sans motifs ([1]); aussi a-t-on admis que ces derniers pourront se plaindre d'avoir été injustement déshérités ou injustement omis, et intenter l'action de testament inofficieux, en prétextant que le testateur n'était pas sain d'esprit lors de la confection du testament. Cette allégation tend à établir que le testateur, sans être réellement fou, a fait un testament régulier, mais contraire aux sentiments de la nature. En effet, si le testateur eût été véritablement fou, le testament serait nul.

1. Ce n'est pas seulement aux enfants qu'on a permis d'accuser comme inofficieux le testament de leurs ascendants; les ascendants peuvent aussi accuser celui de leurs enfants ([2]). Les frères et sœurs, lorsqu'on a institué des personnes viles, obtiennent la

([1]) Nous voulons que les père ou mère, aïeul ou aïeule, bisaïeul ou bisaïeule, ne puissent jamais, dans leur testament, omettre ou déshériter leur fils ou fille et autres enfants, à moins que ceux-ci ne soient reconnus ingrats, et que les causes d'ingratitude ne soient exprimées par les ascendants dans leur testament. Nous avons déterminé les causes d'ingratitude légalement admissibles.

([2]) Nous voulons qu'un enfant ne puisse omettre ses ascendants ou les écarter entièrement des biens qui lui appartiennent, et dont il peut disposer par le testament, si ce n'est pour les causes que nous avons énumérées, et en les exprimant dans son testament.

préférence en vertu des constitutions : ils ne peuvent donc pas agir contre tout héritier. Les parents plus éloignés que les frères et sœurs ne peuvent en aucune manière agir ou réussir dans leur action.

2. Les enfants naturels, ainsi que les enfants qui ont été adoptés conformément à notre constitution, ne peuvent intenter l'action de testament inofficieux qu'à défaut de toute autre voie légale pour arriver aux biens du défunt; car ceux qui peuvent obtenir, par une autre voie, tout ou partie de l'hérédité, ne peuvent intenter l'action de testament inofficieux. Les posthumes, qui n'ont aucune autre voie pour arriver, peuvent aussi intenter cette action.

3. Les règles précédentes s'appliquent aux personnes à qui le testament du défunt ne laisse absolument rien; ainsi le veut une de nos constitutions par respect pour les droits de la nature. Si, au contraire, on a laissé une portion quelconque de l'hérédité ou un objet déterminé, la plainte d'inofficiosité cesse, et le quart de la portion légitime, en cas d'insuffisance, sera complété, quand même on n'aurait pas ordonné de le compléter d'après l'évaluation d'un homme de bien.

4. Si le tuteur, au nom des pupilles dont il gérait la tutelle, a reçu le legs contenu dans le testament de son propre père, il peut encore, si on ne lui a rien laissé personnellement, attaquer en son nom le testament inofficieux de son père.

sunt : non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

2. Tam autem naturales liberi, quam *secundum nostræ constitutionis divisionem* adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt; nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

3. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est : quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.

4. Si tutor nomine pupilli cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

5. Sed et si e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit et superatus est, ipse tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

5. Au contraire, si le tuteur des pupilles à qui l'on n'a rien laissé intente en leur nom et sans succès l'action de testament inofficieux, il ne perd pas ce qu'on lui a personnellement laissé dans ce même testament.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi; vel si mortis causa ei quarta donata fuerit;

6. Ainsi, pour se trouver dans l'impossibilité d'intenter l'action de testament inofficieux, il faut avoir le quart, soit à titre d'hérédité, de legs, de fidéicommis ou de donation à cause de mort.

Vel inter vivos in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur (1).

Soit par donation entre-vifs, mais seulement dans les cas prévus par notre constitution; soit de toute autre manière énoncée dans les constitutions (1).

Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit sive plures quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta (2).

Ce que nous avons dit du quart doit s'entendre en ce sens que, quel que soit le nombre des personnes admises à exercer l'action de testament inofficieux, on peut ne leur donner qu'un seul quart à partager entre elles proportionnellement, ce qui revient au quart de leur portion virile (2).

(1) Non licere liberos præterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per donationem vel legatum, vel fideicommissum eis dederit legibus debitam portionem. (*Nov.* 115, *cap.* 5.)

Si hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus: legatis videlicet et aliis capitulis suam obtinentibus firmitatem. (*Nov.* 115, *cap.* 4.)

(2) Si unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium vel quatuor, non triunciam eis relinqui solum, sed uncias quatuor. Si vero ultra quatuor habuerint filios mediam eis totius substantiæ partem relinqui. (*Nov.* 18, *cap.* 1.)

(1) Il n'est pas permis d'omettre ou de déshériter ses enfants, quand même on leur laisserait, par donation, par legs ou par fidéicommis, la portion qui leur est due d'après la loi.

Si toutes ces règles n'ont pas été observées, nous voulons que le testament n'ait aucun effet quant à l'institution des héritiers, les legs et autres dispositions particulières conservant d'ailleurs toute leur force.

(2) Si les père ou mère ont un, deux, trois ou quatre enfants, il faudra leur laisser, non pas seulement le quart, mais le tiers. S'il y a plus de quatre enfants, on leur laissera la moitié de tous les biens.

EXPLICATION.

PR.

645. Les Douze Tables, en reconnaissant le testament comme seule loi de l'hérédité [1], avaient attribué au testateur un pouvoir dont l'abus démontra bientôt le danger. Les prudents cherchèrent un remède, et trouvèrent d'abord que les héritiers siens ne peuvent être dépouillés que par une exhérédation formelle. De là l'obligation de les instituer ou de les déshériter; mais au fond, cette obligation n'était, pour les ascendants paternels, qu'une formalité de plus, dont la mère et les ascendants maternels restaient dispensés [578].

Enfin on reconnut que, pour préférer des étrangers à ses enfants, il faut, sinon d'après la loi civile, du moins d'après l'équité naturelle, avoir de fortes raisons : aussi les enfants privés de l'hérédité furent-ils admis à discuter le mérite de leur exclusion. Ils purent se plaindre d'avoir été mal à propos (*sine causa*,... *inique*) ou déshérités par les ascendants paternels, ou omis par les ascendants maternels [651]. Tel est le but de la plainte ou action dite de testament inofficieux [2].

646. On appelle inofficieux tout ce qui n'est pas conforme aux devoirs que l'affection, le sang, l'amitié, la reconnaissance, etc., imposent réciproquement à certaines personnes, et que les Latins nomment *officia*. Ainsi le testament inofficieux est un testament régulier contre lequel ne s'élève aucun reproche légal, mais qui blesse les sentiments de la nature; *recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis.*

Un semblable reproche, loin d'être admis par la loi, contrarie directement le pouvoir indéfini qu'elle accorde au testateur. Aussi, pour introduire l'action des enfants contre le testament inofficieux, a-t-il fallu la colorer d'un prétexte (*hoc colore*, etc.). Les prudents supposèrent qu'une exhérédation ou qu'une omission non méritée ne peut provenir d'un esprit sain, et, sous prétexte de démence, permirent de rescinder un testament dont une véritable folie entraînerait la nullité [3].

(1) *Pr. de leg. Falcid.* — (2) *Text. hic, d.* § 7, *de exhered.* — (3) *Text. hic; Marcian. fr.* 2 *et* 5, *h. t.*; *Paul.* 4 *sent.* 5, § 1.

Ainsi, comme le démontrent les détours qu'on a été forcé de prendre, c'est par l'interprétation des prudents que l'action du testament inofficieux a été introduite (*inductum*), et non par une loi expresse, comme l'a prétendu Cujas.

647. La rescision du testament inofficieux enlève aux institués le titre qu'ils ont sur l'hérédité ; de testamentaire qu'elle était, celle-ci reprend le caractère d'hérédité légitime, et se trouve alors déférée ab intestat aux héritiers du sang ([1]). La plainte de testament inofficieux a donc pour objet l'hérédité revendiquée par les héritiers légitimes contre un prétendu héritier testamentaire. Ainsi la plainte de testament inofficieux rentre dans la classe des actions en pétition d'hérédité [1252].

§ I.

648. Ceux qui attaquent un testament comme inofficieux, prétendent succéder au défunt comme s'il était intestat. Cette action ne peut donc profiter qu'aux personnes appelées à l'hérédité ou à la possession de biens, et dans l'ordre où elles sont appelées ; car autrement elles n'auraient aucun intérêt pour contester à l'institué une succession qu'elles ne devraient pas recueillir ([2]).

Ainsi la plainte appartiendra d'abord à tous les descendants soumis ou non soumis à la puissance du défunt ([3]), nés ou seulement conçus à l'époque de sa mort, naturels ou adoptifs ([4]), sauf la distinction établie à l'égard de ces derniers par Justinien [171]. La plainte contre le testament de l'adoptant n'est pas ouverte aux fils de famille adoptés par un étranger, quoiqu'ils lui succèdent ab intestat : en effet, la plainte de testament inofficieux ne se donne pas à quiconque pourrait recueillir la succession légitime, mais seulement aux personnes qui avaient, sur la succession même testamentaire, un titre de préférence injustement méconnu.

649-650. Aussi à défaut d'enfants ne concède-t-on pas la plainte à tous les parents successivement. On la donne aux ascendants, et, après eux, l'action ne s'étend jamais à d'autres collatéraux que les frères et sœurs ([5]). On n'admettait même parmi ces derniers que les agnats du défunt ([6]) ; mais Justinien, en excluant

([1]) *Ulp. fr.* 6, § 1 ; *fr.* 8, § 16, *h. t.* — ([2]) *Pap. fr.* 14 ; *Paul. fr.* 31, *h. t.* — ([3]) *Marcel. fr.* 5, *h. t.*; *Anton. C.* 7, *eod.* — ([4]) § 2, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 29, § 3, *h. t.* — ([5]) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *h. t.*; *Diocl. et Max. C.* 21, *eod.* — ([6]) *Constant. C.* 1, *C. Th. h. t.*

toujours les frères et sœurs utérins, donne la plainte d'inofficiosité à tous les frères consanguins, sans distinguer s'ils sont ou ne sont plus agnats, *durante agnatione vel non* (a). Enfin, les frères et sœurs, lors même qu'ils sont admissibles à la plainte d'inofficiosité, n'y sont pas admis d'une manière absolue. Ils se plaignent moins de l'exclusion qui les frappe, que de la préférence accordée à des institués peu honorables (*turpibus personis scriptis heredibus*). Cette distinction, introduite par Constantin (b) et maintenue par Justinien, laisse une importante différence entre les frères et sœurs et les parents directs; car ces derniers peuvent agir contre tout institué et même contre le prince (1).

En effet, c'est contre l'héritier testamentaire que l'action se dirige, non pas précisément parce qu'il est héritier, puisqu'au contraire on lui conteste cette qualité, mais parce qu'il détient l'hérédité. On peut aussi agir contre les fidéicommissaires et autres possesseurs (2).

§ II.

651. La fiction à laquelle on recourt pour introduire la plainte de testament inofficieux démontre assez que cette action est une voie extraordinaire. Aussi n'est-elle admise qu'à défaut de tout autre moyen pour obtenir tout ou partie de l'hérédité. Ainsi, par exemple, l'impubère adrogé et ensuite déshérité par l'adrogeant n'a point la plainte d'inofficiosité (3), précisément parce qu'on lui accorde pour ce cas même la quarte Antonine, dont nous avons parlé précédemment [176].

Un fils omis dans le testament paternel peut demander la possession *contra tabulas*, et même, lorsqu'il est fils de famille, invoquer la nullité du testament. Aussi la plainte de testament inofficieux ne lui est-elle permise que dans le cas d'exhérédation (4); mais il suffit d'avoir été omis dans le testament ma-

(1) *Paul.* 4 *sent.* 5, § 3; *Ulp. fr.* 8, § 2, *h. t.* — (2) *Sever. et Anton. C.* 1; *Alex. C.* 10, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 8, § 15, *h. t.* — (4) *Paul. fr.* 23, *h. t.*

(a) Ces derniers mots ont été interpolés par Justinien (*C.* 27, *h. t.*) dans la constitution de Constantin (*C.* 1, *C. Th.*, *de inoff. testam.*). Quant aux frères ou sœurs utérins, ils n'ont été admis à se plaindre du testament inofficieux que depuis la novelle 118 [912, etc.].

(b) *C.* 1, *C. Th.*, *h. t.* Deux textes du Digeste (*Ulp. fr.* 24; *Paul. fr.* 31, § 1, *h. t.*) se réfèrent à cette distinction sans l'établir expressément. Une interpolation dans l'un et dans l'autre me semble probable.

ternel pour l'arguer d'inofficiosité, parce que la possession *contra tabulas* n'a jamais lieu dans la succession des femmes (1).

652. D'un autre côté, la plainte d'inofficiosité n'appartient pas à quiconque se plaint d'avoir été déshérité ou omis; on la donne seulement aux personnes qui prétendent n'avoir point mérité de l'être; et c'est à elles de prouver cette iniquité qu'elles imputent au testateur, parce que la preuve incombe toujours au demandeur [1328, 1329].

Les posthumes sont quelquefois réduits à la plainte d'inofficiosité; mais comment concevoir qu'ils aient pu mériter l'exhérédation ou l'omission dont on les a frappés? Il faut observer, à cet égard, que les motifs propres à justifier l'exhérédation ne sont pas toujours personnels à l'exhérédé. Ainsi lorsqu'il s'agit des petits-enfants, le juge doit apprécier leurs propres mérites et les mérites du fils dont ils occupent la place (2). Les posthumes peuvent donc avoir une preuve à faire, du moins en ce qui concerne leur père; mais dans tous les cas, quelque évidente que soit l'iniquité du testament, et lors même que la plainte ne présente aucune difficulté, les posthumes doivent, comme toute autre personne, attaquer le testament en observant les délais et les autres règles de la plainte de testament inofficieux; car autrement le testament continuerait de subsister [658].

§ III.

653. Jusqu'à présent, nous avons considéré l'exhérédation ou l'omission comme l'unique fondement de la plainte d'inofficiosité; il semble résulter de là que l'institution pour une part quelconque, si petite qu'on la suppose, suffit pour écarter toute espèce de plainte; mais il n'en était pas ainsi. Avant Justinien, l'héritier institué pouvait attaquer comme inofficieuses les dispositions qui lui laissaient moins qu'une certaine portion de biens (3); et réciproquement cette portion, laissée à d'autres titres que celui d'héritier, suffisait pour écarter la plainte (4). Ainsi, quoique l'action tendît à la rescision du testament tout entier, on se plaignait bien moins de n'être pas institué que de n'avoir pas une portion déterminée dans les biens du testateur.

En effet, l'exhérédation d'une personne n'empêche pas de

(1) § 7, *de exher. liber.*; *Philip. C.* 16, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 5, *de b. p. contra tab.* — (3) *Alex. C.* 2, *C. Gr.*, *h. t.* — (4) *Ulp. fr.* 8, § 6; *fr.* 25, *h. t.*

lui conférer, par legs ou par fidéicommis, des biens qu'elle reçoit indépendamment du titre d'héritier; et souvent même l'intérêt des enfants demande qu'ils soient déshérités, pour recueillir indirectement les biens de leurs ascendants [1].

654. Pour exclure la plainte des personnes qui peuvent attaquer le testament comme inofficieux, il suffit, quel que soit leur nombre, de leur laisser le quart des biens [2], en sorte que chacune d'elles obtienne le quart de la portion héréditaire qu'elle aurait eue ab intestat, c'est-à-dire le quart de la portion que Justinien appelle ici légitime (*quartam legitimæ partis*); car, dans le sens le plus étendu de cette expression, la portion légitime est comme l'hérédité légitime, celle que la loi défère seule, par opposition à l'hérédité ou portion d'hérédité que donne le testament [3]. Dans un sens plus étroit et lorsqu'il s'agit d'inofficiosité, les commentateurs nomment portion légitime ou simplement légitime, une fraction de la part que les enfants, les ascendants ou les frères et sœurs auraient ab intestat, fraction dont le testateur ne peut les priver sans motif. Dans les textes, cette fraction se nomme simplement *quarta* [4].

Cette quarte ou cette légitime devait se trouver entière dans les dispositions du testateur. Une légitime incomplète n'empêchait pas la plainte d'inofficiosité, et par suite la rescision totale du testament [5]; mais, sous Constantin [6], les testateurs disposent en pleine sécurité, lorsqu'ils ordonnent expressément que la légitime, en cas d'insuffisance, sera complétée *boni viri arbitratu*, c'est-à-dire en proportion de la valeur des biens appréciés par un expert d'une probité reconnue.

655. Justinien, *ad verecundiam naturæ*, demande encore plus de respect pour le testateur et pour ses dispositions. Ainsi une portion quelconque de l'hérédité, ou même le plus petit legs, suffira pour exclure la plainte. En cas d'insuffisance, le légitimaire obtiendra seulement le complément du quart, lors même qu'on n'aurait pas expressément ordonné de compléter la légitime [7].

Ce complément se demande par une action personnelle, perpétuelle, transmissible aux héritiers, donnée d'après la volonté

(1) *Ulp. fr.* 18, *de liber. et post.* — (2) § 6, *h. t.* — (3) §§ 1 et 3, *de sc. tertyll.* — (4) *Ulp. fr.* 25, *h. t.* — (5) *Alex. C.* 2, *C. Gr.*, *h. t.* — (6) *C.* 4, *C. Th.*, *h. t.* — (7) *Text. hic*; *Justin. C.* 30, *h. t.*

expresse ou tacite du défunt, pour assurer la conservation de son testament; elle diffère donc à tous égards de la plainte d'inofficiosité, qui, d'une part, est une pétition d'hérédité, et par conséquent une action réelle, tandis que d'autre part elle se donne à la personne lésée, et non à ses héritiers, pendant cinq ans seulement [1] à compter du jour où l'héritier institué a fait adition [2].

§ VI.

656. La fixation d'une légitime divise, pour ainsi dire, les biens du testateur en deux parts, dont l'une, entièrement disponible entre ses mains, peut être laissée à qui bon lui semble : tandis que l'autre, destinée à certaines personnes, ne peut être donnée qu'à elles. Ce que le défunt laisse à des étrangers est nécessairement pris sur la première part : mais ce qu'il donne aux légitimaires, c'est-à-dire à ceux pour qui la légitime est établie, pouvant être pris sur l'une ou sur l'autre part, il importe de savoir si l'imputation en sera faite sur la part disponible, ou au contraire sur la portion due aux légitimaires; car au premier cas, il en résulte un avantage indépendant de la légitime, et, dans le second, une simple avance en déduction de cette même légitime.

Ce second parti semble plus naturel, surtout pour les donations testamentaires : le légitimaire doit donc imputer sur la quarte qui lui est due tout ce qu'il reçoit comme héritier, comme légataire ou par suite de fidéicommis; il doit imputer aussi les donations à cause de mort [3], qui sont presque entièrement assimilées aux legs [491]. Quant aux donations entre-vifs, l'imputation souffrait plus de difficultés [4]. Suivant Ulpien [5], il faut examiner l'intention que le donateur avait au moment de la donation.

657. Sous Justinien, au contraire, la donation ne s'impute sur la légitime qu'autant que le donataire, transigeant avec les institués, a expressément ratifié la volonté du donateur, après la mort de celui-ci [6]. Autrement on ne peut opposer au donataire ni les conditions de la donation entre-vifs par lui acceptée, ni les renonciations qu'il aurait faites d'avance à toute plainte

(1) *Ulp. fr.* 8, § *ult.*; *Modest. fr.* 9, *h. t.* — (2) *Justin. C.* 36, § 2, *h. t.* — (3) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 8, § 6, *h. t.* — (4) *Alex. C.* 2, *C. Gr.*, *h. t.* — (5) *Fr.* 25, *h. t.* — (6) *C.* 35, §§ 1 *et* 2, *h. t.*

contre le testament ; en effet, ces renonciations, consenties pendant la vie du donateur, ne le sont souvent que par crainte, pour ne pas le mécontenter, et pour éviter qu'il ne prenne un parti plus sévère. En s'écartant à cet égard de l'opinion d'Ulpien, l'empereur adopte celle de Papinien, dont on retrouve les traces dans plusieurs textes ([1]). La donation entre-vifs s'impute encore sur la légitime dans plusieurs autres cas prévus par deux constitutions de Zénon et de Justinien ([2]). La première concerne les dots et donations nuptiales ; la seconde, le prix des charges achetées par le légitimaire avec les deniers fournis par le défunt.

§§ IV et V.

658. L'action ou la plainte de testament inofficieux se fonde sur une espèce d'injure, que les personnes déshéritées ou omises prétendent avoir reçue du défunt. Cette action doit donc s'éteindre comme toutes les actions d'injures, c'est-à-dire :

1° Quand la personne déshéritée ou omise décède sans avoir formé ou sans avoir manifesté l'intention de former aucune réclamation. Dans le cas contraire, elle transmet son droit à ses héritiers ([3]).

2° Lorsqu'un délai suffisant fait présumer une renonciation tacite : ce délai, anciennement limité à deux années, fut ensuite prolongé jusqu'à cinq ([4]). Modestinus le faisait commencer dès la mort du testateur ; Ulpien, au contraire, ne comptait pas l'intervalle qui peut s'écouler depuis le décès jusqu'à l'adition d'hérédité. Jusque-là, en effet, il n'est pas encore certain que le testament s'exécute ; il est donc inutile de l'attaquer pour atteindre un but que la répudiation des institués peut remplir d'une manière plus simple. Justinien ([5]) confirme l'avis d'Ulpien, en fixant un délai après lequel les institués devront déclarer s'ils veulent ou ne veulent pas se porter héritiers. Si le légitimaire décède lui-même avant leur décision, son action s'éteint ou passe à ses héritiers, d'après la distinction précédente ; toutefois Justinien ([6]) veut qu'elle passe toujours aux descendants.

659. Il serait contradictoire de reprocher à autrui les dis-

([1]) *Paul. 4 sent. 6, § 8; Pap. fr. 16, de suis et legit.; Alex. C. 3, de collat.* — ([2]) *C. 29; C. 30, § 2, h. t.* — ([3]) *Anton. C. 5, h. t.; Ulp. fr. 6, § 2; Paul. fr. 7, eod.* — ([4]) *Valer. et Gall. C. 16, h. t.* — ([5]) *C. 36, § 2, h. t.* — ([6]) *C. 34; d. C. 36, § 2, h. t.*

positions qu'on a soi-même approuvées : aussi est-on censé reconnaître le bon jugement du testateur, et par suite renoncer à la plainte d'inofficiosité, 3° lorsqu'on approuve même indirectement, ou lorsqu'on exécute volontairement une disposition quelconque du testament, par exemple, en contractant avec les institués en leur qualité d'héritiers (1), en soutenant librement comme avocat ou comme procureur, la cause d'un légataire et la validité des dispositions faites à son profit (2).

Il en est autrement du tuteur qui, déshérité par son père, reçoit au nom du pupille (*nomine pupilli*) le legs fait à ce dernier; il n'en conserve pas moins le droit d'attaquer (*nomine suo*), en son propre nom, le testament inofficieux qui le déshérite (3). La différence entre ce tuteur et l'avocat ou le procureur dont on a parlé, vient de ce que ces derniers sont libres de refuser ou d'accepter la défense d'un client ; tandis que le tuteur, en exerçant l'action du pupille, remplit un devoir (4).

En sens inverse, et d'après les mêmes distinctions, lorsque le tuteur attaque, en cette qualité, un testament inofficieux à l'égard du pupille, le rejet de la plainte ne prive pas le tuteur des legs qui lui sont laissés dans ce même testament (5), quoiqu'en général la plainte d'inofficiosité fasse perdre, à ceux qui l'intentent mal à propos, tout ce que leur avait laissé le testateur (6).

APPENDICE.

660. D'importantes modifications ont été apportées par les novelles de Justinien, aux règles précédemment établies.

La quotité de la légitime a été augmentée en faveur des enfants, et fixée, lorsqu'ils sont plus de quatre, à moitié ; dans le cas contraire, au tiers de la succession (7).

Elle ne peut plus être laissée aux enfants et descendants par legs ou autre disposition semblable : il faut absolument les instituer, ne fût-ce que pour un objet particulier, et alors ils n'ont à demander, en cas d'insuffisance, qu'un supplément de légitime (8).

Les causes d'ingratitude, auparavant indéterminées, sont spécifiées et fixées, Ainsi le testateur peut priver ses descen-

(1) *Paul. fr.* 23, § 1, *h. t.* — (2) *Paul. fr.* 32, *h. t.* — (3) § 4, *h. t.* — (4) *Marcian. fr.* 10, § 1, § 1, *h. t.* — (5) § 5, *h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 8, § 14, *h. t.* — (7) *Nov.* 18, *cap.* 1. — (8) *Nov.* 115, *cap.* 5.

dants de toute légitime dans quatorze cas [1], dont huit seulement sont applicables aux ascendants (*a*).

Les motifs d'ingratitude doivent être exprimés et justifiés par le testateur, et alors le testament est inattaquable : s'il ne réunit pas ces conditions, il peut être rescindé, non pour la totalité, comme par le passé, mais seulement quant à l'institution d'héritier, les legs et autres dispositions de ce genre conservant leur validité [2].

661. Je dis que le testament peut être rescindé, parce que les conditions de la novelle 115 ne me paraissent pas exigées à peine de nullité. Leur inobservation facilite seulement la plainte d'inofficiosité aux personnes exhérédées ou omises, sans les dispenser d'agir dans le délai et dans les formes prescrites, faute de quoi le testament subsisterait avec tous ses effets. Ce point sans doute est fortement controversé; mais selon moi la novelle 115 règle l'exercice de la plainte d'inofficiosité, et non les formes d'une exhérédation requise à peine de nullité (*b*). Voici le raisonnement qui me détermine.

La mère ne déshérite pas : n'ayant jamais d'héritiers siens, elle ne peut ôter à ses enfants une qualité qu'ils n'ont point. Pour les écarter de la succession maternelle il suffit de ne pas les y appeler [578]. Leur omission n'étant qu'un défaut d'institution, je ne vois pas comment le silence de la testatrice pourrait avoir été soumis à des formes quelconques ; en effet, l'exhérédation, les règles qui la régissent, la nullité que prononce le droit civil, et la possession *contra tabulas* que donne le droit prétorien, sont exclusivement relatives au testament paternel [3]. S'il en était ainsi de la novelle 115, on pourrait admettre qu'elle fixe à peine de nullité les formes de l'exhérédation ; mais la novelle ne parle pas seulement des ascendants paternels : elle s'occupe aussi de la mère qui omet ses enfants, et des enfants qui omettent leurs ascendants. Il est donc certain qu'on a voulu ré-

(1) *Nov.* 115, *cap.* 3, § 1 *et seq.* — (2) *Nov.* 115, *cap.* 3, § 14 ; *cap.* 4, § 9. V. *C.* 34. *h. t.* — (3) *Paul. fr.* 4, § 2, *de bon. poss. contra tab.*

(*a*) La novelle 115 ne parle point des frères et sœurs ; mais une autre constitution de Justinien (*nov.* 22, *cap.* 47) détermine trois causes qui les rendent indignes de succéder.

(*b*) Telle est l'opinion de Cujas, adoptée par Pothier (5 *Pand.* 2, n° 23); de Vinnius (*pr.*, *h. t.*, n° 3); de Perèze (*ad. cod. lib.* 6, *tit.* 30, n° 13) et de Voët (*ad. Pand. lib.* 5, *tit.* 2, n° 23).

gler un point commun aux testaments paternel et maternel, un point commun au père qui exhérède, ainsi qu'à la mère et à tous autres testateurs qui peuvent omettre : or, ce point commun, je ne puis l'apercevoir que dans la plainte d'inofficiosité.

TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

1. Necessarius heres est servus heres institutus : ideo sic appellatus quia, sive velit sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo aut etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum ex ea causa res ejus quas sibi adquisivit, non veneunt.

2. Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio et

TITRE XIX.

DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS.

Les héritiers sont ou nécessaires, ou siens et nécessaires, ou externes.

1. Est héritier nécessaire, l'esclave qu'on institue héritier. On l'appelle ainsi, parce que de toute manière, bon gré, mal gré, il devient libre et héritier nécessaire, aussitôt après la mort du testateur. Aussi le maître qui doute de sa solvabilité institue-t-il ordinairement son esclave au premier ou au second degré, ou même à un degré plus éloigné, afin que les créanciers, dans le cas où ils ne seraient point soldés, saisissent, aliènent ou partagent entre eux les biens de l'héritier plutôt que ceux du testateur. Toutefois, en compensation de cet inconvénient, on accorde à l'héritier nécessaire l'avantage de conserver les biens par lui acquis depuis la mort de son patron ; et malgré l'insuffisance des biens du défunt, on ne fait pas une seconde vente pour les biens qui sont acquis en propre à l'héritier.

2. Sont héritiers siens et nécessaires, le fils, la fille, le fils ou la fille du fils, et les autres descen-

dants, pourvu qu'ils aient été sous la puissance du testateur à l'instant de sa mort. Toutefois, pour que les petit-fils ou petite-fille soient héritiers siens, il ne leur suffit pas d'avoir été sous la puissance de l'aïeul au moment de sa mort; il faut de plus que leur père ait, du vivant de son propre père, cessé d'être héritier sien, soit en prédécédant, soit en sortant par tout autre moyen de la puissance paternelle: alors en effet les petit-fils ou petite-fille prennent la place de leur père. Ces héritiers sont appelés siens, parce qu'ils sont héritiers domestiques, et que, du vivant même de leur père, ils sont en quelque sorte considérés comme propriétaires: aussi, lors même que ce dernier décède intestat, les enfants sont-ils les premiers appelés à la succession. On les nomme nécessaires, parce qu'ils deviennent héritiers dans tous les cas, bon gré, malgré, soit ab intestat, soit par testament; mais le préteur leur permet de s'abstenir de l'hérédité, afin que les créanciers saisissent plutôt les biens du père que ceux des enfants.

deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur: unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt; sed his prætor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

3. Les autres héritiers qui ne sont pas sous la puissance du testateur se nomment externes: ainsi nos enfants eux-mêmes, lorsqu'ils ne sont pas sous notre puissance et que nous les instituons, sont héritiers externes (1). Par la même

3. Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur (1).

(1) Nous voulons que les fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, institués par leur père ou mère, par leurs aïeul ou aïeule, par leurs bisaïeul ou bisaïeule, puissent, dans le cas où ils

(1) Jubemus... filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes... et ante apertas tabulas defunctos..., in liberos suos, cujus-

Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres a domino institutus et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

4. In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur : testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore, inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi ; quia, ut diximus, tria tempora inspicimus. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non

raison, les enfants que leur mère institue sont aussi dans la même classe, les femmes n'ayant aucune puissance sur leurs enfants. Il en est de même des esclaves institués par leur maître, et affranchis par lui depuis la confection du testament.

4. A l'égard des héritiers externes, la règle est qu'il faut avoir faction de testament, soit avec l'institué lui-même, soit avec la personne dont il dépend. Cette condition est requise à deux époques, lors de la confection du testament, pour la validité de l'institution, et au décès du testateur, pour son effet. De plus, la faction de testament doit encore exister avec l'héritier au moment où il fait adition d'hérédité, soit qu'on l'ait institué purement ou sous condition ; car c'est principalement à l'époque où il acquiert l'hérédité, qu'il faut examiner sa capacité ; mais dans l'intervalle qui s'écoule depuis la confection du testament jusqu'à la mort du testateur ou jusqu'à l'événement de la condition, le changement d'état ne nuit point à l'héritier, parce qu'on s'attache, comme nous l'avons dit, à trois époques. Ont faction de testament, non seulement ceux qui peuvent tester, mais encore ceux qui peuvent, en vertu du testament d'autrui, recevoir pour eux-mêmes ou ac-

cumque sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere. (THEOD. et VALENT. *C. de his qui ante apert.*)

décéderaient avant l'ouverture du testament, transmettre à leurs enfants, sans distinction de sexe ou de degré, la portion d'hérédité qu'on leur avait laissée.

quérir à d'autres, bien qu'ils ne puissent pas tester. Ainsi le fou, le muet, le posthume, l'enfant, le fils de famille et l'esclave d'autrui ont faction de testament; car bien qu'ils ne puissent pas tester, cependant ils peuvent par testament acquérir pour eux ou pour un autre.

5. Les héritiers externes ont la faculté de délibérer s'ils feront ou ne feront pas adition d'hérédité, mais, soit qu'un héritier autorisé à s'abstenir s'immisce dans les biens héréditaires, soit qu'un externe admis à délibérer fasse adition, il ne peut plus ensuite délaisser l'hérédité, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans; car jusqu'à cet âge, le secours qu'on obtient du préteur, dans tous les cas où l'on éprouve un préjudice quelconque, est pareillement accordé à ceux qui ont imprudemment accepté une hérédité onéreuse.

6. Cependant l'empereur Adrien a eu pareille indulgence pour un majeur de vingt-cinq ans, parce qu'une masse de dettes, inconnues au moment de l'adition, avaient été découvertes postérieurement; toutefois cette concession d'Adrien ne fut qu'une faveur individuelle. Plus tard, l'empereur Gordien en fit une règle pour les militaires seulement.

Mais notre bienveillance a étendu ce bénéfice à tous les sujets de notre empire, et a publié une constitution aussi équitable que célèbre, dont les dispositions

possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filius familias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur : licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii adquirere possunt.

5. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis, sive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis; nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, prætor succurrit.

6. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit; divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit.

Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, et constitutionem tam æquissimam quam

nobilem scripsit : cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis contingit; ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

7. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate : dummodo sciat eum in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum qui surdus vel mutus natus vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

permettent à quiconque les observera de faire adition d'hérédité et de n'être tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens. On n'a donc plus besoin, sous ce rapport, de recourir à la délibération, à moins que, négligeant de se conformer à notre constitution, on ne préfère délibérer et se soumettre aux anciennes charges de l'adition.

7. L'héritier externe institué par testament, ou appelé ab intestat à l'hérédité légitime, peut devenir héritier, soit en faisant acte d'héritier, soit même par la simple volonté d'appréhender l'hérédité. On fait acte d'héritier, lorsqu'on dispose, comme héritier, des biens héréditaires, soit en les vendant, soit en cultivant ou louant les héritages, ou lorsqu'on manifeste d'une manière quelconque, par parole ou par action, la volonté de faire adition d'hérédité; pourvu qu'en faisant acte d'héritier sur les biens d'une personne, on sache qu'elle est morte testat ou intestat, et que l'on est son héritier. Faire acte d'héritier, c'est faire acte de propriété, car chez les anciens, héritier voulait dire propriétaire. Comme la simple volonté suffit à un externe pour devenir héritier, pareillement la détermination contraire lui ferme aussitôt l'accès de l'hérédité. Rien n'empêche un sourd ou un muet, né ou devenu tel, de faire acte d'héritier et d'acquérir l'hérédité, si toutefois il comprend ce qu'il fait.

EXPLICATION.

PR.

662. L'hérédité est déférée aux institués par la mort du testateur, dans le cas d'institution pure et simple, et par l'événement de la condition, en cas d'institution conditionnelle. Ceux à qui l'hérédité est déférée ne l'acquièrent pas tous de la même manière : on distingue à cet égard des héritiers nécessaires, des héritiers siens et nécessaires, et des héritiers externes.

Ces derniers peuvent accepter ou répudier l'hérédité qui leur est déférée. S'ils deviennent héritiers, c'est donc toujours volontairement, souvent même après délibération ([1]). Pour les héritiers des deux premières classes, au contraire, l'hérédité déférée est par cela même acquise, indépendamment de leur volonté, sans délibération comme sans intervalle ([2]). De là vient qu'on les nomme héritiers nécessaires.

§ I.

663. Est héritier nécessaire l'esclave qui, institué et affranchi par son maître, acquiert simultanément, et en vertu du testament, l'hérédité et la liberté [581, 582]. En effet, s'il était encore esclave au moment où le testament lui défère l'hérédité, il ne deviendrait pas héritier; s'il était déjà libre, il pourrait devenir héritier, mais non pas héritier nécessaire [670]. Lorsque l'institution est conditionnelle et l'affranchissement pur et simple, alors dans l'intérêt du testateur, on favorise autant que possible l'existence d'un héritier nécessaire, en différant la liberté tant que la condition apposée à l'institution n'est pas accomplie ou défaillie. Dans l'un et l'autre cas, l'esclave devient libre, sauf cette différence que la condition défaillie lui enlève l'hérédité, tandis que la condition accomplie lui confère simultanément la liberté et l'hérédité : aussi devient-il héritier nécessaire ([3]). Réciproquement, dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque l'esclave est institué purement et simplement, mais affranchi sous condition, l'effet de l'institution reste suspendu comme l'acquisition de la liberté ([4]).

([1]) §§ 5 *et* 7, *h. t.* — ([2]) § 1 *et* 2, *h. t.* — ([3]) *Pomp. fr.* 21, § 1; *Julian. fr.* 22, *de hered inst.* — ([4]) *Ulp. fr.* 3, 1, *eod.*

664. Pour acquérir simultanément l'hérédité et la liberté, il faut avoir été l'esclave du testateur au moment où il a testé [1], et se trouver encore dans la même condition à une seconde époque, c'est-à-dire au décès, lorsque l'institution et l'affranchissement sont purs et simples [2], et, dans le cas contraire, à l'événement de la condition qui suspend, soit l'affranchissement, soit l'institution [3]. Du reste, on n'examine pas ce que l'esclave a pu devenir dans l'intervalle d'une époque à l'autre; il suffit de savoir ce qu'il était à la première, et ce qu'il est à la seconde [4], le tout conformément au principe que nous développerons un peu plus loin [672].

La dénomination d'héritier nécessaire, attribuée, comme on vient de le voir, aux esclaves du testateur, est justifiée par la manière même dont ils acquièrent l'hérédité, sans adition et indépendamment de leur volonté (*sive velit sive nolit*), parce que la volonté du testateur est une loi qu'ils ne peuvent contredire. Aussi deviennent-ils héritiers sans intervalle, par la seule force du testament, aussitôt après la mort du testateur (*omnino post mortem testatoris, protinus*), ou, pour parler plus exactement, aussitôt que l'hérédité leur est ouverte, soit par la mort du testateur, dans une institution pure et simple, soit dans le cas contraire, par l'événement de la condition.

665. Notre texte explique suffisamment quel avantage le testateur trouve à se procurer ainsi un héritier, surtout lorsqu'il est insolvable; cet avantage dérive de la condition même de l'héritier, qui, continuant la personne, les droits et les obligations du défunt, est tenu de satisfaire les créanciers héréditaires comme les siens propres, même sur ses biens personnels.

Les derniers mots de notre texte sembleraient indiquer qu'il n'en est pas ainsi pour l'héritier nécessaire; mais il faut se garder de confondre. La séparation de biens dont il est ici question est un bénéfice, une faveur spéciale qui déroge à la rigueur du droit civil, et que le préteur accorde aux héritiers nécessaires lorsqu'ils la demandent avant de toucher aux biens héréditaires [5]. En séparant ainsi les biens qu'avait le testateur des biens acquis par l'esclave qui est devenu libre, le préteur ne dégage pas ce dernier envers les créanciers, mais il res-

(1) *Florent. fr.* 49, *de hered. inst.* — (2) § 2, *de sing. reb.; Ulp. fr.* 50, *de her. inst.* — (3) *Tryph. fr.* 91, *eod.; Pomp. fr.* 46, *de manum. test.* — (4) *Ulp. d. fr.* 50, *de her. inst.; Pomp. fr.* 56, *de manum. test.* — (5) *Ulp. fr.* 1, § 18, *de separ.*

treint leurs poursuites à la valeur des biens laissés par le défunt; et malgré l'insuffisance de cette valeur, l'héritier nécessaire peut conserver sans inquiétude les acquisitions qui lui sont personnelles (*quas sibi adquisierit*), et même recouvrer ce qui lui était dû par le défunt (1).

§ II.

666. Les héritiers de la seconde classe sont siens et nécessaires. Notre texte définit comme tels tous les descendants que le testateur avait sous sa puissance au moment de sa mort (*qui modo in potestate morientis fuerint*), sauf, en ce qui concerne les petits-enfants, une distinction importante; car il ne leur suffit pas d'avoir été sous la puissance du testateur, à l'époque du décès. On exige de plus qu'ils aient été sous sa puissance immédiate, en prenant la place que leur père prédécédé ou CAPITE MINUTUS a laissée vaquer dans la famille (2).

Cette distinction, souvent reproduite (3), revient à dire que, pour être héritiers siens et nécessaires du père de famille, les enfants doivent être sous sa puissance à l'époque de son décès, et devenir *sui juris* par son décès même. Quelle sera donc la position des petits-enfants institués par l'aïeul, s'ils retombent après sa mort sous la puissance de leur père? Ils ne seront pas héritiers siens parce qu'ils ne seront même pas héritiers. C'est leur père qui deviendra héritier par eux, comme le maître par ses esclaves [516], sauf cette différence, quant à la manière dont l'hérédité peut être acquise, que les fils de famille et les esclaves, lorsqu'ils sont institués par un étranger, peuvent accepter ou répudier l'hérédité, et, par conséquent, ne l'acquièrent à leur père ou à leur maître qu'en faisant adition par son ordre (4), tandis que l'hérédité d'un aïeul paternel ne peut pas être répudiée par les petits-enfants qui se sont trouvés *in potestate morientis*. S'ils étaient *sui juris*, ils acquerraient cette hérédité pour eux-mêmes et deviendraient héritiers nécessaires; leur père, devenant héritier par eux, deviendra donc héritier nécessaire : *patrem suum faciet heredem et quidem necessarium* (5).

667. Tout ce qui précède suppose une institution pure et simple. En serait-il de même dans une institution conditionnelle

(1) *Ulp. d. fr.* 1, § 18, *de separ.* — (2) *Text. hic*; § 2, *de her. quæ ab. intest.*; *Gaius*, 2 *inst.* 158; 3 *inst.* 2. — (3) § 2, *de exher. liber.*; *pr.*, *quib. mod. jus. pot.*; § 3, *de tutel.* — (4) § 2, *de sc. Maced.* — (5) *Ulp. fr.* 6, §§ 5 et 6, *de adq. vel amitt. her.*

qui ne défère l'hérédité qu'à l'événement de la condition? N'est-ce pas à cette dernière époque seulement qu'il faudrait examiner si les petits-enfants institués par l'aïeul sont ou ne sont pas *sui juris?* A défaut de texte spécial sur cette question, l'affirmative résulte, par analogie, d'une décision que nous expliquerons plus loin [812]. Il suffit donc que les petits-enfants se trouvent *sui juris*, non pas précisément à la mort de leur aïeul, mais au moment où l'hérédité leur est déférée, c'est-à-dire, à l'événement de la condition, lorsqu'ils sont institués conditionnellement. Dans ce cas, les petits-enfants qui retombent sous la puissance de leur père deviennent héritiers siens et nécessaires de l'aïeul qui ne les a jamais eus sous sa puissance immédiate.

En effet, la qualité de SUUS HERES se compose de deux qualités distinctes, savoir : 1° la qualité de *suus* qui appartient, sans distinction de degré, à tous les fils de famille ; et 2° la qualité de *heres*. On est *suus heres* lorsqu'on réunit ces deux qualités, en les acquérant à l'époque où chacune d'elles peut et doit s'acquérir. Pour être *suus* (*a*), il faut se trouver sous la puissance du défunt au moment de sa mort [1] ; et pour devenir *heres*, il suffit au *suus*, qui n'a pas changé de famille, de se trouver *sui juris* lorsque l'hérédité lui est déférée, c'est à-dire à la mort du testateur ou à l'événement de la condition, suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle, ou même dans la succession

[1] § 8, *de her. quæ ab intest.; Ulp. d. fr.* 6, § 6, *de adq. vel omitt.*

(*a*) *Sui... quia domestici* (*text. hic*); *cum et ipse fuerit in potestate* (*Pap. fr.* 7, *si tab. test. null.*), parce qu'en effet ils appartiennent au testateur. C'est en ce sens qu'un enfant devient *suus*, par rapport à son père, lorsqu'il entre dans sa famille (*suis ac legitimis habendis... suos patri... fieri*; *Justin. C.* 5, *de natur. liber.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 15, *de al. et agnosc.*; *Paul. fr.* 6, *de jur. patron.*; *Afric. fr.* 18, *de legat. præst.*; *Tryph. fr.* 20, *de b. p. contra tab.*). C'est dans le même sens que l'on oppose le *postumus suus* au *postumus alienus*, et il serait bien impossible de dire, en parlant du premier, qu'il est lui-même son propre posthume. Les fils de famille sont SUI HEREDES dans la loi des Douze Tables, comme ils sont RES SUA [212], dans un sens relatif au défunt (*cui suus heres nec sit* ; *Ulp.* 26 *reg.* 1), pour désigner les héritiers qu'il trouve chez lui par opposition à ceux du dehors qu'on appelle EXTRANEI ou même ALIENI (*Ulp. fr.* 17, § 3, *ad. sc. trebell.*). Je ne puis donc admettre avec Cujas (*not. ad. inst.*) que les héritiers siens soient héritiers d'eux-mêmes, αυτοκληρονομοι, à cause de la fiction qui les considère en quelque sorte, *quodammodo* (*text. hic*), comme ayant eu, du vivant même de leur père, la propriété de son patrimoine. Il ne faut pas abuser de la fiction en lui faisant prendre la place de la vérité ; et d'ailleurs cette fiction s'étend-elle, comme le titre de *suus*, à tous les fils de famille sans distinction de degré ? Non sans doute, puisque l'aïeul, après avoir déshérité son fils, n'a pas besoin d'exhéréder les enfants de ce dernier [566].

ab intestat, lorsqu'il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire (1).

668. Les siens sont héritiers nécessaires comme les esclaves, et par la même raison ; car l'hérédité leur est acquise, indépendamment de toute volonté, de tout consentement et de toute autorisation (2). En un mot, le droit civil met les uns et les autres sur la même ligne (3) ; mais le droit prétorien établit entre eux d'importantes différences.

En effet, les siens ne sont considérés comme héritiers par le préteur que lorsqu'ils s'immiscent dans les biens ; jusque-là il refuse toute action aux créanciers héréditaires contre ceux qui s'abstiennent. Telle est la conséquence du bénéfice d'abstention que les siens n'ont pas même besoin de demander : il leur suffit, pour en jouir, de ne s'être pas immiscés dans les affaires de l'hérédité (4) postérieurement à l'âge de puberté : car les impubères, à la différence des adolescents (5), conservent le droit de s'abstenir même après qu'ils se sont immiscés, et malgré les condamnations obtenues contre eux par les créanciers héréditaires (6).

669. Cette abstention, dont les esclaves ne peuvent jamais se prévaloir (7), n'a rien de commun avec la séparation de biens que le préteur accorde à l'héritier nécessaire, sans le soustraire aux poursuites des créanciers, quoiqu'il les restreigne à la valeur des biens laissés par le patron (665) ; ces mêmes créanciers, au contraire, n'ont aucune action contre l'héritier sien qui s'abstient (8).

Du reste, ce dernier ne perd, en s'abstenant, ni le titre ni les droits d'héritier : il peut toujours reprendre l'hérédité jusqu'à la vente des biens par les créanciers, ou, après la vente et après le paiement des dettes, profiter de l'excédant s'il en existe (9). Justinien (10), en confirmant l'ancien droit pour le cas où les biens sont vendus, a fixé, pour le cas inverse, un terme de trois ans, au delà duquel les héritiers siens ne reprendront plus l'hérédité.

(1) § 7, *de her. quæ ab intest.; Modest. fr.* 20, *de liber. et post.* — (2) *Text. hic* ; § 2, *de her. quæ ab intest.; Ulp. fr.* 6, §§ 5 *et* 6, *de adq. vel omitt. her.* — (3) *Ulp.* 22 *reg.* 24. — (4) *Ulp. fr.* 12, *de adq. vel omitt. her.* — (5) *Pomp. fr.* 11, *eod.* — (6) *Scæv. fr.* 21, *eod.* — (7) *Gaius fr.* 57, § 2, *eod.* — (8) *Gaius, d. fr.* 57, *pr., eod.* — (9) *Ulp. fr.* 8, *de jur. delib.; Paul. fr.* 6, *de reb. auct. jud.* — (10) *C.* 6, *de repud. vel abstin.*

§ III.

670. La troisième classe d'héritiers, que l'on nomme externes, se compose de tous ceux qui ne sont pas sous la puissance du testateur, *qui testatoris juri subjecti non sunt.* Il faut donc ranger dans cette classe, non seulement toutes les personnes qui ne tiennent au testateur par aucun lien de parenté, mais encore tous ses ascendants, tous ses collatéraux (*a*), et même, parmi ses descendants, ceux qui ne se trouvent pas dans sa famille à l'époque où l'hérédité leur est déférée, soit par le décès, soit par l'événement de la condition ([1]). Tels sont, à l'égard des femmes, tous leurs enfants sans distinction, parce que la mère, n'ayant aucune puissance, ne peut jamais avoir aucun héritier sien ([2]). Tels sont enfin, à l'égard d'un ascendant mâle, les enfants émancipés ou donnés en adoption ([3]), les enfants de sa fille qui appartiennent à la famille de leur père, et jamais à celle de l'aïeul maternel, et les enfants naturels, c'est-à-dire les enfants nés du *concubinatus.*

Par la même raison, on range aussi dans la classe des héritiers externes l'esclave institué par son maître, lorsqu'il devient libre ou lorsqu'il passe sous une autre puissance avant d'arriver à l'hérédité. A la vérité l'institution se conserve sur sa tête, et lui défère l'hérédité, mais sans la lui acquérir immédiatement et nécessairement. S'il la recueille, c'est par une volonté indépendante de celle du testateur [582].

671. Les externes ne deviennent jamais héritiers malgré eux, aussi les appelle-t-on héritiers volontaires. A leur égard, il faut distinguer entre l'hérédité déférée et l'hérédité acquise : elle est ouverte ou déférée, comme nous l'avons déjà dit [667], en vertu d'une institution pure et simple, au décès du testateur ; en vertu d'une institution conditionnelle, à l'événement de la condition : par exemple, dans la substitution vulgaire, au moment où s'accomplit la condition *si heres non erit*, c'est-à-dire lorsqu'il devient certain que l'institué ne sera pas héritier ([4]).

([1]) *Modest. fr.* 20, *de liber. et post.* — ([2]) *Text. hic; Gaius, fr.* 196, § 1, *de verb. signif.* — ([3]) § 2, *h. t.;* § 9, *de her. quæ ab intest.* — ([4]) *Ulp. fr.* 69, *de adquir. vel omitt.; fr.* 13, § 2, *eod.*

(*a*) Tous les collatéraux du testateur, c'est-à-dire de celui qui a fait le testament ; car tout héritier sien du père de famille devient héritier nécessaire des enfants auxquels il est substitué pupillairement, et par exemple de son propre frère (*Ulp. fr.* 10, § 1, *de vulg. et pup.*)

Les externes, à compter du moment où l'hérédité leur est ainsi déférée, peuvent l'acquérir ou la répudier ([1]), conformément aux règles que nous exposerons (677), après avoir examiné les conditions d'aptitude qu'ils doivent réunir.

§ IV.

672. Ils doivent avoir la *factio testamenti* passive qui rend une personne habile, sinon àfaire un testament, du moins à recueillir pour soi, pour son maître ou pour son père, le bénéfice des dispositions d'autrui [718].

Cette faction de testament doit exister à plusieurs époques. Notre texte en indique d'abord deux (*duobus temporibus*), savoir : 1° celle de la confection du testament, 2° celle de la mort; mais ensuite il indique en outre (*hoc amplius*) le moment où l'institué appréhende l'hérédité (*cum adit hereditatem*), ce qui constitue réellement trois époques (*tria tempora inspici debent*). Justinien ajoute que les deux premières époques laissent entre elles un intervalle (*medio tempore*), pendant lequel l'état de l'institué peut changer impunément, quand même il perdrait la liberté ou le titre de citoyen : *mutatio juris non nocet heredi* ([2]). La première de ces deux époques est invariablement fixée par la confection du testament; l'autre arrive ou à la mort du testateur ou à l'événement de la condition (*inter factum testamentum* ET *mortem testatoris* VEL *conditionem existentem*). Ainsi, que l'institution soit simple ou conditionnelle, il n'existe toujours qu'un seul temps intermédiaire; mais ce *medium tempus*, commençant à la confection du testament, finit, dans le cas d'une institution pure et simple, au décès du testateur, et se prolonge, dans le cas contraire, jusqu'à l'événement de la condition. Jusque-là nous avons toujours deux époques, mais pas davantage.

673. Cependant on a soutenu que, dans une institution conditionnelle, il suffit que la faction de testament existe à l'événement de la condition (*a*). Cette proposition, contraire au

([1]) *Ulp. fr.* 13; *fr.* 21, § 2, *eod.*—([2]) *Text. hic; Florent. fr.* 49, § 1; *Ulp. fr.* 6, § 2, *de her. inst.* V. *Ulp. fr.* 6, § 2, *eod.*

(*a*) Cette opinion s'appuie sur un texte de Modestinus (*fr.* 62, *de hered. inst.*), et le jurisconsulte nous avertit lui-même qu'il s'agit d'une décision de faveur (*benevolentiæ est*) : ce n'est donc pas un principe. D'ailleurs, il n'est pas question dans ce

texte que nous expliquons, est soutenue par plusieurs interprètes : ils prétendent que si la faction de testament est exigée à l'époque de la confection, c'est à cause de la règle catonienne [726], et comme cette règle ne s'applique jamais aux dispositions conditionnelles ([1]), ils concluent, en faveur de l'héritier institué sous condition, qu'il n'a pas besoin d'avoir *factio testamenti*, à l'époque de la confection. Cependant notre texte l'exige, et nous en conclurons que la *factio testamenti*, requise à cette époque *ut constiterit institutio*, ne l'est pas à cause de la règle catonienne. Si l'on se rappelle que le testament *per æs et libram* se faisait par une mancipation, et conséquemment sous la forme d'une vente [530], on concevra que l'acheteur devait avoir, au moment même du contrat, l'aptitude requise; et puisque les héritiers représentent l'ancien *emptor familiæ* [542], de là vient sans doute qu'ils doivent avoir *factio testamenti* à l'époque même de la confection, indépendamment de la règle catonienne, dont l'application aux institutions même pures et simples est plus que douteuse ([2]).

674. Vinnius reconnaît que dans une institution conditionnelle la faction de testament doit exister à l'époque de la confection du testament, mais il veut de plus qu'elle existe aussi au décès du testateur et à l'événement de la condition. Dans ce système il faudrait reconnaître deux temps intermédiaires qui courraient, le premier depuis la confection du testament jusqu'à la mort; le second, depuis la mort jusqu'à l'événement de la condition. Ce calcul est évidemment contraire au texte, qui n'établit pas deux intervalles distincts, mais un intervalle unique commençant à la confection du testament. Aussi les textes qui supposent une institution conditionnelle exigent-ils tous la faction de testament à l'événement de la condition, sans parler du décès ([3]); tandis que ceux qui l'exigent au décès ne supposent aucune condition ([4]). Il faut donc se fixer, non pas au décès d'abord et ensuite à l'événement de la condition, mais à l'une ou à l'autre époque, suivant la nature de l'institution;

([1]) *Ulp. fr. 4, de regul. caton.* — ([2]) *Pap. fr. 3. V. Cels. fr. 1, eod.* — ([3]) *Cels. fr. 59, § 4; Ulp. fr. 6, § 2, de her. inst.* — ([4]) *Ulp. fr. 9, § 16; fr. 50, de her. inst.*

---

texte de la faction de testament, mais d'une capacité particulière sans laquelle certaines personnes, ayant d'ailleurs faction de testament, ne pouvaient profiter (*capere*) que d'une partie des choses laissées par le testateur [719].

car, si la faction de testament est requise au temps de la mort, c'est pour que l'institution produise son effet (*ut effectum habeat*) ; or cet effet consiste à déférer l'hérédité. La faction de testament doit donc, en règle générale, exister à l'époque où l'hérédité est déférée à l'institué, c'est-à-dire à l'époque du décès, lorsque l'institution est pure et simple, et dans le cas contraire, à l'événement de la condition.

675. L'aptitude requise pour acquérir n'est jamais plus nécessaire qu'au moment même de l'acquisition. Aussi la faction de testament, existant avec l'institué aux deux époques ci-dessus déterminées, doit-elle exister en outre (*cum adit hereditatem*) au moment de l'adition, et cela sans distinguer si l'institution est simple ou conditionnelle (*sive pure, sive sub conditione*, etc.) Dans l'un et l'autre cas, le moment de l'adition forme donc la dernière des trois époques où la faction de testament est requise : observons toutefois que depuis le moment où l'hérédité est déférée jusqu'à l'adition, on ne trouve plus aucun intervalle dans lequel l'institué perde impunément la faction de testament. Le *medium tempus* dont nous avons parlé existe uniquement entre la première et la seconde époque, tant que l'institution n'a point encore déféré l'hérédité. Il en est autrement dans la seconde période : l'hérédité est déférée, et dès lors l'institué doit conserver, jusqu'à l'adition inclusivement, une aptitude non interrompue. En effet, la mort des institués n'est pas le seul événement qui les exclue irrévocablement de l'hérédité : la privation des droits civils produit à cet égard les mêmes effets que la mort (1).

En nous résumant sur ce point, nous dirons que la faction de testament doit exister avec l'héritier à trois époques, dont la première et la dernière sont invariablement fixées par la confection du testament et par l'adition, tandis que la seconde époque arrive, suivant la nature de l'institution, ou au décès du testateur, ou à l'événement de la condition ; que cette seconde époque, en déférant l'hérédité, sépare la totalité du temps qui s'écoule depuis la première jusqu'à la dernière, en deux espaces ; que dans le premier *mutatio juris non nocet heredi*, mais que rien n'autorise à en dire autant du second.

676. Le droit de recevoir par testament en profitant des dispositions d'autrui constitue pour ceux qui l'ont une faction

(1) *Scaev. fr. 29, § 5, de liber. et post.*

de testament (*testamenti factionem habere videtur*, etc.) que les interprètes ont appelée passive, par opposition à la faction active qui donne le droit de tester. Il serait plus exact et plus conforme au langage des jurisconsultes de dire que la faction de testament appartient au testateur, et à lui seul ; il l'a et il l'exerce relativement à certaines personnes en faveur desquelles il peut disposer, et alors on dit, en parlant de ces personnes, que le testateur a faction de testament avec elles : *est cum eis testamenti factio* [718].

§ VII.

677. Dans l'ancien droit les héritiers externes étaient institués avec crétion, lorsque le testateur leur fixait un délai pour délibérer et pour faire crétion, *cernere hereditatem*, c'est-à-dire pour se porter héritier en prononçant certaines paroles solennelles. Ainsi, le mot crétion s'entendait, dans une double acception, soit de la déclaration faite par le testateur que son hérédité devrait être solennellement acceptée dans un certain délai, soit du fait même de cette acceptation au moyen des paroles que l'institué prononçait, lorsqu'il voulait devenir héritier. La même volonté manifestée de toute autre manière n'aurait pas suffi pour devenir héritier (*a*), et réciproquement la volonté contraire n'aurait pas exclu l'institué. Changeant d'intention, il pouvait encore se porter héritier par les solennités de la crétion, pendant tout le délai dont l'expiration seule fermait l'hérédité ([1]). Les externes institués sans crétion avaient beaucoup plus de latitude : ils acquéraient l'hérédité quand ils le voulaient et comme ils le voulaient, soit par les solennités de la crétion, soit en faisant acte d'héritier, PRO HEREDE GERENDO ([2]).

On fait acte d'héritier, lorsqu'on agit, à l'égard des objets dont se compose l'hérédité, comme héritier ([3]), c'est-à-dire

([1]) *Gaius*, 2 *inst.* 167 ; *Ulp.* 22 *reg.* 25. — ([2]) *Ulp.* 22 *reg.* 25 ; *Gaius*, 2 *inst.* 167. — ([3]) *Text. hic ; Gaius*, 2 *inst.* 166.

(*a*) Nous parlons ici de la crétion parfaite, dans laquelle le testateur, après avoir dit que l'institué devrait *cernere hereditatem* dans un certain délai, ajoutait NISI ITA CREVERIT EXHERES ESTO. S'il n'avait pas ajouté cette clause, la crétion était *imperfecta*, et l'institué qui n'avait pas voulu *cernere hereditatem* n'était pas exclu de l'hérédité [609]. Il pouvait l'acquérir d'une autre manière, c'est-à-dire *pro herede gerendo* (*Ulp.* 22 *reg.* 34).

comme propriétaire ; car chez les anciens HERES et DOMINUS étaient synonymes [1]. C'est ainsi, à proprement parler, que l'on définit les actes d'héritier en prenant l'expression PRO HEREDE GERERE dans son acception littérale ; et alors, la volonté d'appréhender l'hérédité, manifestée de toute autre manière, ne constitue pas un acte d'héritier. En effet, Justinien distingue, d'après Gaïus, deux manières de devenir héritier, l'une en faisant acte d'héritier (*aut pro herede gerendo*), l'autre par le seul effet de la volonté (*aut etiam nuda voluntate*) ; mais immédiatement après, PRO HEREDE GERERE prend une acception plus étendue. On fait acte d'héritier, dit notre texte, en manifestant d'une manière quelconque l'intention de devenir héritier (*a*), quoiqu'on ne s'occupe en rien des affaires de l'hérédité et des objets qui s'y trouvent [2].

678. Ainsi, l'hérédité déférée aux externes leur est acquise par cela seul qu'ils ont volonté de l'acquérir, *nuda voluntate* [3]. A cet égard, il faut moins considérer ce qu'ils disent ou ce qu'ils font que leur volonté réelle : car, en cette matière, l'intention opère seule indépendamment des actions [4] ; et celles-ci au contraire n'opèrent jamais ni contre, ni outre, ni sans la volonté dont elles sont l'indice [5]. Aussi le même fait n'entraîne-t-il pas toujours les mêmes conséquences. La location ou la vente d'un objet héréditaire peuvent avoir été faites par erreur ou afin

(1) *Text. hic ; Paul.* 4 *sent.* 8, § 25 ; *Ulp.* 22 *reg.* 26. — (2) *Paul. fr.* 88, *de adq. vel amitt. her.* — (3) *Text. hic. V. Diocl. et Max. C.* 6, *de jur. delib.* — (4) *Ulp. fr.* 21, § 1 ; *Paul. fr.* 88, *de adq. vel amitt. her.* — (5) *Ulp. fr.* 6, § 7, *eod.*

(*a*) *Quoquo modo, si voluntatem suam declaret, vel re vel verbis, de* ADEUNDA *hereditate*. ADIRE HEREDITATEM signifie littéralement *ire ad hereditatem*, venir ou arriver à l'hérédité, et conséquemment l'accepter ou la recueillir, dans le même sens où l'on dit plus haut *suscipiendæ hereditatis*. Au verbe *adire* correspond le mot ADITIO, dont on se sert presque exclusivement pour indiquer l'acquisition de l'hérédité (§ 5, *h. t.*), et dans ce sens on faisait adition de quelque manière qu'on se portât héritier, soit par crétion, soit même *pro herede gerendo* (*Gaius*, 2 *inst.* 164, 166, 167, 168 ; *Ulp.* 22 *reg.* 27 *et* 28). L'adition n'est donc pas, relativement à l'hérédité, un mode d'acquisition distinct de la crétion ou des actes d'héritier. Cependant plusieurs interprètes, entre autres, Vinnius, croient devoir opposer ADIRE et PRO HEREDE GERERE : selon eux, ces expressions indiqueraient deux manières différentes d'acquérir l'hérédité suivant que la volonté est exprimée par des paroles ou manifestée par des actions. Cette distinction, quoique démentie par notre texte, est fondée sur plusieurs autres (*Ulp. fr.* 25, § 7 ; *fr.* 69, *de adq. vel omitt. her.*) ; mais il me paraît probable que, dans ces derniers, les mots *aditio* ou *adire* ont été substitués par Tribonien aux mots *cretio* ou *cernere* que devait contenir le texte primitif. La substitution me semble évidente dans un texte de Papinien (*fr.* 77, *de reg. jur.*)

de pourvoir à l'administration des biens, pour en conserver la valeur, pour éviter la détérioration et même la perte d'un objet difficile ou dispendieux à garder : dans ces différents cas, on vend, on loue, sans devenir réellement héritier [1].

679. Les fous n'ont point de volonté : aussi ne peuvent-ils acquérir aucune hérédité, si ce n'est celle du maître ou de l'ascendant, qui, au jour de sa mort, les a sous sa puissance [2]; dans ce cas, il en est des fous comme de tout autre héritier nécessaire [3]. Un prodigue interdit n'est pas dépourvu d'intelligence ; il pourra donc se porter héritier volontaire d'un étranger [4]. Le sourd-muet, incapable de prononcer une seule parole, ne remplit jamais les solennités de la crétion, mais rien ne l'empêche de manifester une volonté tacite, et par conséquent de faire acte d'héritier, *si tamen intelligit quod agit.* En effet, ce qui empêche d'acquérir, ce n'est point le vice des organes, mais le défaut d'intelligence.

Quant au pupille, s'il n'acquiert jamais seul et sans autorisation de tuteur l'hérédité la plus avantageuse [267], cette autorisation lui suffit toujours, soit pour faire tacitement acte d'héritier, même lorsqu'il est *infans* [5], soit pour accomplir les solennités de la crétion, dès qu'il peut en prononcer les paroles (*a*).

680. L'hérédité déférée aux externes ne leur est acquise, soit en cas de testament, soit ab intestat, que par l'acceptation ou adition qu'ils font eux-mêmes. Ainsi, ni leur mandataire, ni leur tuteur ou curateur, ni l'ascendant ou le maître à la puissance duquel ils sont soumis, ne peuvent se porter héritiers pour l'institué [6], parce que ce n'est point à eux que l'hérédité est déférée. Par la même raison, l'institué qui décède avant d'avoir acquis l'hérédité ne transmet point à ses successeurs la faculté de faire adition, tandis que les héritiers siens ou nécessaires, acquérant l'hérédité *ipso jure*, n'ont besoin que de survivre au défunt pour la transmettre à leurs propres succes-

[1] *Ulp. fr. 20, pr. et § 1, eod.* — [2] *Marcell. fr. 63, de adq. vel omitt.* — [3] *§ 3, de her. quæ ab intest.* — [4] *Ulp. fr. 5, de aq. vel omitt. her.* — [5] *Marcian. fr. 65, § 3, ad. sc. trebell.* — [6] *Paul. fr. 90, de adq. vel omitt. her.; Valer et Gall. C. 9, de jur. delib.*

(*a*) *Si fari possit* (*Paul. fr.* 9, *de adq. vel omitt.*). Ce texte me paraît applicable à la crétion. Les expressions de Paul, *scire atque decernere*, l'indiquent encore assez clairement [996].

seurs [1]. On ne dérogeait à ces principes que par des exceptions spéciales (*a*); mais Théodose [2] décida en règle générale que l'hérédité, déférée à un héritier externe âgé de moins de sept ans, serait acceptée, pour lui, par l'ascendant dont il dépend, ou par son tuteur s'il est *sui juris* (*b*). Théodose [3] a voulu aussi que les descendants, institués par un ascendant à la puissance duquel ils ne sont pas soumis, pussent, lorsqu'ils décèdent avant l'ouverture du testament, transmettre à leurs propres enfants la part qui leur était destinée. D'après les constitutions de Justinien [4], ceux qui décèdent dans le cours de l'année accordée pour délibérer, et avant d'avoir eux-mêmes répudié, transmettent à tout héritier sans distinction les droits qui leur sont déférés, par testament ou *ab intestat*, dans la succession d'un ascendant prédécédé.

681. Si l'hérédité doit être acquise par ceux à qui elle se trouve déférée, ces derniers ne sont pas toujours les seuls qui doivent consentir. Les personnes *alieni juris* acceptent en vain, lorsque leur volonté ne concourt point avec celle du maître ou de l'ascendant dont ils dépendent au moment de l'adition, et qui devient héritier par eux. Aussi ne font-ils adition qu'avec son consentement, ou, suivant l'expression consacrée, par un *jussus* [5] qui, sans être soumis à aucune solennité, doit être spécial, formel et persévérant jusqu'à l'adition inclusivement [6].

Nul ne se porte utilement héritier que lorsque l'hérédité lui est réellement déférée, et lorsqu'il est positivement informé des circonstances qui la lui ont déférée [7]; ainsi, je dois savoir avec certitude si la personne dont je me porte héritier est décédée *eum..... decessisse* [8]; si la condition, lorsqu'il y en a une, est accomplie [9]; si c'est moi qui suis appelé à l'hérédité (*se ei heredem esse*); et comment je le suis, purement et simplement ou sous condition, ab intestat ou par testament, *testatum intesta-*

[1] *Ulp. fr.* 81, *de adq. vel. omitt. her.* — [2] *C.* 18, *de jur. delib.*; *C.* 8, *C. Th., de matern. bon.* — [3] *C.* 1, *de his qui ante apert.* — [4] *C.* 19, *de jur. delib.*; *C. un.*, § 5, *de cad. toll.* — [5] § 3, *per quas person.*; § 1, *de her. inst.*; § 2, *de sc. Tertyll.* — [6] *Ulp. fr.* 25, § 5 *et seqq.*, *de sc. Tertyll.*; *Pomp. fr.* 36; *Paul. fr.* 60; *Afric. fr.* 47, *eod.* — [7] *Ulp. fr.* 21, § 2, *eod.*; *Pap. fr.* 76, *de reg. jur.* — [8] *Text. hic*; *Paul. fr.* 19, *de adq. vel. omitt. her.* — [9] *Paul. fr.* 34, § 1, *eod.*

(*a*) *Paul. fr.* 30; *Pap. fr.* 86, *de adq. vel omitt. her.*; *fr.* 42, § 3, *de bon. libert.*; *Ulp. fr.* 6, § 1, *eod.*; *fr.* 3, § 30, *de sc. silan.*

(*b*) Justinien (*C.* 7, § 3, *de curat. fur.*) décide que l'hérédité déférée à un fou peut et doit être acceptée pour lui par son curateur.

tumve obiisse [1] et par quel testament [2]; si le défunt était capable de tester [3] et si le testament est véritable [4].

682. Tout héritier succède au défunt, non seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui peuvent s'y trouver réunies à son insu ou même malgré lui, soit au moment de l'adition, soit depuis [5]: en effet, chaque héritier étant appelé à toute l'hérédité, elle ne se divise que par la force du concours; les parts assignées ne le sont que pour ce cas, hors duquel chaque portion attire à soi la totalité, en vertu du droit d'accroissement sur lequel nous reviendrons plus loin [860, 861].

Malgré l'intervalle qui peut séparer la mort et l'acquisition de l'hérédité, les héritiers représentent le défunt comme s'ils lui avaient succédé immédiatement après la mort [6], ce qui n'empêche pas que, relativement à la capacité des esclaves héréditaires, le défunt ne soit réputé avoir survécu jusqu'au moment de l'adition [584, 977].

683. Quiconque peut accepter, peut aussi répudier de la même manière et dans les mêmes circonstances [7]. La simple volonté qui suffit pour acquérir l'hérédité, suffit aussi pour la répudier [8] et alors, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans [685], celui à qui l'hérédité était déférée épuise son droit [9]. Il ne peut revenir à cette même hérédité qu'autant qu'elle lui serait déférée de nouveau, soit comme substitué [10], soit comme héritier légitime [11].

§ V.

684. Le droit civil ne déterminait aucun délai pour appréhender ou pour répudier l'hérédité déférée; et, sauf le cas d'une institution faite avec crétion, c'est-à-dire avec limitation d'un temps fixé par le testateur même [677], chacun était libre de prendre, pour se décider, le temps qu'il voulait [12]. Cependant il importe beaucoup que l'hérédité ne reste, ni indéfiniment, ni trop longtemps vacante : car l'effet des substitutions, des legs, des fidéicommis et des autres dispositions testamen-

(1) *Text. hic. V. Paul. fr.* 22, *eod.* — (2) *Afric. fr.* 51, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 32, § 1, *eod.* — (4) *Afric. fr.* 46, *eod.* — (5) *Gaius. fr.* 53, § 1, *Paul. fr.* 31; *fr.* 80, § 1, *de adq. vel omitt.* — (6) *Florent. fr.* 54, *eod.* — (7) *Text. hic; Paul. fr.* 13; *Ulp. fr.* 18, *eod.* — (8) *Text. hic; Ulp.* 22 *reg.* 29: *Paul.* 4 *sent.* 4; *fr.* 95, *eod.* — (9) *Diocl. et Max. C.* 4, *de rep. vel. abst.* — (10) *Javol. fr.* 76, § 1, *de adq. vel. omitt.* — (11) *Ulp. fr.* 16, § 1, *eod.* — (12) *Gaius,* 2 *inst.* 164, 167; *Ulp.* 22 *reg.* 27.

taires, dépend toujours du parti que prendront les institués; enfin les créanciers du défunt ont besoin de savoir s'ils ont un débiteur, et quel il est. D'un autre côté, l'adition ou la répudiation de l'hérédité ont un résultat trop absolu, pour qu'il ne soit pas toujours dangereux de prendre inconsidérément un parti. Aussi le droit prétorien accordait-il à ceux qui voulaient délibérer un délai (1) dont la fixation était abandonnée à la prudence des magistrats (2), qui toutefois ne donnaient jamais moins de cent jours (3).

Les substitués faisaient également fixer, pour la délibération de l'institué, un délai à l'expiration duquel ils pouvaient appréhender l'hérédité en son lieu et place s'il n'avait pas fait adition (4). Semblable délai se donnait aussi sur la demande des créanciers; et lorsqu'il expirait sans que l'hérédité fût appréhendée, ils pouvaient faire vendre les biens sous le nom du défunt (5). Le silence de ceux à qui le délai était ainsi fixé équivalait donc à une répudiation. Sous Justinien il en est autrement, comme nous le verrons ci-après [686].

685. Les héritiers siens ne répudient point l'hérédité; ils n'ont donc pas à délibérer, du moins d'après le droit civil; mais le droit honoraire leur conserve le droit de prendre, tant que les biens n'ont pas été vendus, l'hérédité dont ils se sont d'abord abstenus; et dans ce cas ils obtiennent, pour délibérer, un délai pendant lequel on sursoit à la vente (6).

Après l'adition nul ne peut répudier, et après s'être immiscé, l'héritier sien ne peut s'abstenir : ce principe est modifié en faveur des mineurs de vingt-cinq ans par un secours que le droit prétorien leur accorde en connaissance de cause (7). En effet le mineur qui se trouve lésé peut obtenir la *restitutio in integrum* en faisant rescinder son immixtion ou son adition, et alors il recouvre le droit qu'il avait d'abandonner l'hérédité paternelle, ou de répudier celle d'un étranger (8). Ce bénéfice du droit honoraire s'applique d'une manière générale à toutes les causes de lésion qu'éprouvent les mineurs de vingt-cinq ans [1261], sauf le cas où un débiteur se libère en payant avec la permission du juge [505].

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 167.— (2) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de jur. delib.*; *Diocl. et Max. C.* 9, *eod.* — (3) *Paul. fr.* 2, *eod.* — (4) *Ulp. fr.* 69, *de adq. vel omitt.* — (5) *Gaius*, 2 *inst.* 167. — (6) *Ulp. fr.* 8, *de jur. delib.* — (7) *Ulp. fr.* 11, § 3; *fr.* 13, *de min.* — (8) *Ulp. fr.* 7, §§ 5 *et* 9, *eod.*

§ VI.

686. Si les majeurs de vingt-cinq ans ont quelquefois été admis à revenir sur leur adition, ce n'a jamais été que par l'effet de concessions individuelles, ou d'un privilége accordé à la profession des armes. Sans rien ajouter à ce que dit notre texte sur les constitutions rendues à cet égard par Adrien et Gordien, j'arrive au bénéfice introduit par Justinien.

C'est le bénéfice d'inventaire qui permet d'appréhender l'hérédité sans que l'héritier supporte les charges qui excèdent la valeur des biens, et sans qu'il confonde ses droits avec ceux du défunt. Pour cela il faut d'abord dresser, dans un délai déterminé, un inventaire, c'est-à-dire un état descriptif et estimatif de tout ce que contient l'hérédité, afin que la valeur en soit solennellement constatée (1).

Au moyen de cette précaution, l'empereur considère toute délibération comme superflue, et pense qu'on doit appréhender sans hésitation l'hérédité la plus onéreuse. Cependant, et par pure condescendance pour des craintes qui lui semblent chimériques, il permet que l'on accorde encore à ceux qui voudront délibérer un délai qui ne pourra être étendu à plus de neuf mois par les magistrats, et à plus d'un an par le prince lui-même; mais dans ce cas l'héritier ne peut jouir du nouveau bénéfice. Malgré l'inventaire qu'il est obligé de dresser, son acceptation, son silence même l'astreignent, comme héritier pur et simple, à toutes les charges de l'hérédité. Il ne peut s'y soustraire qu'en répudiant expressément avant l'expiration du délai (2).

(1) *Justin. C.* 22, *de jur. delib.* — (2) *Justin. d. C.* 22, §§ 13 *et* 14.

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur, nam loquimur de iis juris figuris quibus per uni-

TITRE XX.

DES LEGS.

Maintenant occupons-nous des legs. Cette matière semble étrangère à notre sujet, car nous parlons des acquisitions par universalité. Mais après avoir achevé ce

que nous avions à dire des testaments et des héritiers institués par testament, ce n'est pas sans raison qu'on passe à la matière des legs.

1. Le legs est une espèce de donation laissée par le défunt (1).

2. On distinguait autrefois quatre espèces de legs : par revendication, par condamnation, par tolérance, par préciput. Il existait, pour chaque espèce, certaines expressions consacrées qui la distinguaient des autres.

Mais les constitutions impériales ont supprimé toutes ces formules. Pour nous, dans une constitution profondément méditée, voulant donner plus d'efficacité à la volonté des mourants, et nous attachant à l'intention plutôt qu'aux paroles, nous avons établi que les legs seront tous de la même nature, et que les légataires, quels que soient les termes de la disposition, pourront en exiger l'exécution, non seulement par actions personnelles, mais aussi par l'action réelle et par l'action hypothécaire. La sagesse de cette constitution sera facilement appréciée par sa teneur même.

3. Nous n'avons pas cru devoir nous borner à cette constitution. En effet, voyant l'antiquité resserrer les legs dans des bornes étroites et accorder une plus grande latitude aux fidéicommis, sur lesquels la volonté des défunts exerçait beaucoup plus d'influence, nous avons

(1) Laissée par le défunt, pour être acquittée par l'héritier.

versitatem res nobis adquiruntur; sed cum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

1. Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta (1).

2. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem, et certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur.

* Sed ex constitutionibus divorum principum solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. * Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis sed voluntatibus eorum faventes, disposuit ut omnibus legatis una sit natura, et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

3. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem na-

(1) *Vulgo* : a defuncto relicta, AB HEREDE PRÆSTANDA.

turam indulgentem, necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo, studiosis adolescentibus quamdam introduceremus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim prius de legatis et postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque juris cognita facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

jugé nécessaire d'assimiler tous les legs aux fidéicommis. Il n'existera donc entre eux aucune différence; mais s'il manque quelque chose aux legs, ils emprunteront, pour y suppléer, le caractère des fidéicommis, et les fidéicommis s'enrichiront de tous les avantages qui étaient propres aux legs. Toutefois, pour éviter que, dès les premiers pas dans la carrière des lois, l'exposition simultanée de ces matières n'occasionne quelque difficulté aux jeunes étudiants, nous avons cru devoir, quant à présent, traiter séparément des legs, et ensuite des fidéicommis. Connaissant ainsi la nature des uns et des autres, l'esprit déjà mieux préparé pourra facilement apprécier leur fusion.

4. Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur : sicuti campum Martium vel basilicas vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat; forsitan enim si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit; et verius esse ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alie-

4. Le testateur peut léguer non seulement la chose qui appartient soit à lui soit à l'héritier, mais encore la chose d'autrui; et alors l'héritier est forcé d'acheter cette chose pour la délivrer, ou, s'il ne peut l'acheter, d'en donner l'estimation. Mais lorsque la chose n'est pas dans le commerce, on n'en doit pas même l'estimation : tel est le cas où l'on aurait légué le champ de Mars, des basiliques, des temples ou des objets destinés à un usage public, car un semblable legs n'a aucun effet. Quand nous disons qu'on peut léguer la chose d'autrui, nous parlons du cas où le défunt sait que la chose appartient à autrui, et non du cas où il l'ignore. Peut-être, en effet, s'il l'avait su, n'aurait-il pas légué cette chose. En le décidant ainsi, Antonin le Pieux a également décidé que c'est au demandeur, c'est-à-dire au légataire, à prouver que le défunt a légué sciemment

la chose d'autrui, et non aux héritiers à prouver son ignorance; car l'obligation de prouver incombe toujours au demandeur.

5. Lorsque la chose léguée forme le gage d'une créance, l'héritier doit la dégager; mais on décide, dans ce cas, comme pour la chose d'autrui : ainsi l'héritier n'est forcé de dégager la chose qu'autant que le défunt a connu l'existence du gage. C'est ainsi qu'ont statué les empereurs Sévère et Antonin. Cependant si le défunt a exprimé sa volonté que la chose fût dégagée par le légataire, l'héritier ne devra pas la dégager.

6. Lorsque le légataire à qui on a légué la chose d'autrui, en devient propriétaire avant la mort du testateur, si c'est à titre de vente, il peut obtenir le prix par l'action de testament; si c'est à titre lucratif, c'est-à-dire par donation ou à tout autre titre semblable, il ne peut point agir. On tient en effet que deux titres lucratifs ne peuvent se cumuler pour le même objet dans la même personne. Conséquemment, si la même chose est due au même légataire en vertu de deux testaments, il faut examiner ce qu'il a reçu en exécution du premier testament : s'il a reçu la chose, il ne peut point agir, puisqu'elle lui est acquise à titre lucratif; s'il a reçu l'estimation, il peut encore agir.

7. On lègue valablement une chose qui n'existe pas encore,

nam; quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.

5. Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena : ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse; et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

6. Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit : siquidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis vel ex alia simili causa, agere non potest : nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest utrum rem an æstimationem ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si æstimationem, agere potest.

7. Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si mo-

do futura est, recte legatur: veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex ancilla natum erit.

8. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO, LEGO; disjunctim ita: TITIO HOMINEM STICHUM DO, LEGO, SEIO STICHUM DO, LEGO. Sed et si expresserit EUMDEM HOMINEM STICHUM, æque disjunctim legatum intelligitur.

9. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem deducto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea testamento agat, recte eum agere et fundum petere Julianus ait; quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

10. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienave-

mais qui doit exister un jour, par exemple, les fruits à naître de tel fonds, l'enfant à naître de tel esclave.

8. Lorsqu'on a légué le même objet à deux personnes, soit conjointement, soit séparément, le legs, s'il est recueilli par les deux légataires, se partage entre eux. Si l'un d'eux fait défaut soit parce qu'il refuse le legs, soit parce qu'il est décédé avant le testateur, soit par tout autre motif, la chose appartient en totalité à son colégataire. On lègue conjointement, par exemple, lorsqu'on dit: « Je donne, je lègue à Titius et à Séius l'esclave Stichus. » On lègue séparément de cette manière: « Je donne, je lègue à Titius l'esclave Stichus; je donne, je lègue à Séius l'esclave Stichus. » Et quand on dirait « le même esclave Stichus », le legs n'en serait pas moins fait séparément.

9. Lorsqu'on a légué le fonds d'autrui, et que le légataire en achète la nue propriété, si l'usufruit lui revient, et si ensuite il agit en vertu du testament, Julien décide qu'il agit régulièrement en demandant le fonds, parce que l'usufruit est considéré, dans la demande, comme une servitude; mais l'office du juge sera de faire donner l'estimation, en déduisant l'usufruit.

10. Lorsqu'on lègue à une personne la chose qui lui appartient, le legs est inutile; car nul ne peut acquérir de nouveau ce dont il est déjà propriétaire. Et quand

même il aliénerait sa chose, on ne lui devrait ni cette chose ni son estimation.

11. Celui qui lègue sa propre chose, croyant léguer la chose d'autrui, la lègue valablement; car la réalité prévaut sur l'opinion. Le legs est également valable lorsque le testateur a cru léguer la chose du légataire, parce que sa volonté peut avoir son effet.

12. Lorsque le testateur a légué et ensuite aliéné sa chose, Celse pense que, s'il a vendu sans intention de révoquer, le legs n'en est pas moins dû; les empereurs Sévère et Antonin l'ont ainsi décidé. Ils ont également décidé que le testateur, lorsqu'il engage les immeubles légués, n'est pas censé révoquer le legs, et que, dès lors, le légataire peut agir contre l'héritier pour faire dégager l'immeuble. Lorsque le testateur aliène une partie de la chose léguée, la partie non aliénée reste due sans distinction; mais la partie aliénée n'est due qu'autant que l'aliénation a été faite sans intention de révoquer.

13. Le créancier qui lègue au débiteur sa libération, fait un legs utile, et l'héritier du créancier ne peut rien exiger ni du débiteur lui-même, ni de ses héritiers, ni de ceux qui se représenteraient. Le débiteur peut même agir contre l'héritier du créancier pour se faire libérer. Le testateur peut aussi défendre à son héritier de rien exiger dans un délai déterminé.

rit eam, non debetur nec ipsa nec æstimatio ejus.

11. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum : nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

12. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi; idemque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum qui, post testamentum factum, prædia quæ legata erant pignori dedit, ademisse legatum non videri, et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata, omnimodo debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

13. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est, et neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus, potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est; sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

14. Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit vel conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit : quod et verum est; non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit a qua incipere non potest.

14. Au contraire, le débiteur qui lègue à son créancier ce qui lui est dû, fait un legs inutile, si ce legs ne contient rien de plus que la dette, parce qu'il n'en résulte aucun avantage. Mais lorsqu'on lègue purement ce qui n'est dû qu'à terme ou sous condition, le legs est utile à cause de l'exigibilité qu'il procure; et si le terme échoit ou si la condition arrive du vivant du testateur, Papinien décide que le legs n'en est pas moins utile, parce qu'il a été valable dans l'origine; et cela est vrai. En effet, on n'a point admis l'opinion des jurisconsultes qui pensaient que le legs est anéanti par la réalisation ultérieure des circonstances qui auraient empêché sa validité primitive.

15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt : si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumentum dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

15. Lorsque le mari lègue à la femme sa dot, le legs est valable, parce qu'il est plus avantageux que l'action de dot. Lorsque le mari lègue la dot qu'il n'a pas reçue, un rescrit des empereurs Sévère et Antonin décide que, s'il a légué simplement la dot, le legs est inutile; mais que si, en léguant la dot, le testateur a désigné une somme d'argent, un corps certain ou le contrat dotal, le legs est valable.

16. Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit; et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Ju-

16. La chose léguée, quand elle périt sans le fait de l'héritier, périt pour le légataire; et si l'esclave légué par un étranger se trouve affranchi sans le fait de l'héritier, ce dernier n'est tenu de rien. Mais lorsque l'esclave appartient à l'héritier, et est affranchi

par ce dernier, Julien dit que l'héritier est tenu, sans distinguer s'il a connu ou s'il a ignoré le legs dont il était chargé. Dans le cas même où cet esclave aurait été donné par l'héritier, et affranchi par le donataire, l'héritier serait tenu, quoiqu'il eût ignoré l'existence du legs.

17. Lorsqu'on lègue une esclave avec ses enfants, le décès de la mère n'empêche pas les enfants d'être compris dans le legs. Il en est de même lorsqu'on lègue un esclave ordinaire avec ses vicaires; car après la mort du premier, les seconds restent compris dans le legs. Mais lorsqu'on lègue un esclave avec son pécule, le legs du pécule s'éteint par la mort, par l'affranchissement ou par l'aliénation de l'esclave. Il en est de même lorsqu'on lègue un fonds tout monté ou avec sa monture; car l'aliénation du fonds éteint également le legs de la monture.

18. Lorsqu'un troupeau qui a été légué se trouve réduit à une seule brebis, le légataire peut revendiquer ce qui en reste. Le legs d'un troupeau comprend aussi, selon Julien, les brebis ajoutées depuis la confection du testament; car un troupeau n'est qu'un seul objet composé de plusieurs têtes distinctes, comme un bâtiment est un tout formé par un assemblage de pierres.

19. Le legs d'un édifice comprend aussi les colonnes et les marbres ajoutés depuis la confection du testament.

lianus scripsit, nec interesse utrum scierit an ignoraverit a se legatum esse; sed et si alii donaverit servum, et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.

17. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint, et licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt; sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit, nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

18. Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait : est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.

19. Ædibus denique legatis, columnas et marmora quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.

20. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus adquisierit, Julianus ait : siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere, quia hujus legati dies ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur; quamvis, si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur, et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliqua inferre.

20. Lorsqu'on lègue un pécule, les augmentations ou les diminutions qu'il éprouve pendant la vie du testateur sont sans aucun doute au profit ou au détriment du légataire. Quant aux acquisitions faites par l'esclave entre la mort du testateur et l'adition d'hérédité, Julien distingue : si c'est à l'esclave même et en l'affranchissant qu'on a légué le pécule, toutes les acquisitions antérieures à l'adition d'hérédité sont comprises dans le legs, parce que c'est à l'adition même qu'il devient transmissible; mais elles ne sont pas comprises dans le pécule légué à un étranger, à moins que l'augmentation ne provienne des objets mêmes dont le pécule se composait. Le pécule n'est dû aux affranchis qu'autant qu'on le leur a légué, quoiqu'il suffise de ne pas l'ôter à ceux qu'on affranchit entre vifs, ainsi que le décide le rescrit des empereurs Sévère et Antonin. Ils ont également décidé qu'en léguant à un esclave son pécule, on ne l'autorise pas à répéter les sommes par lui dépensées pour le compte du maître. Les mêmes empereurs ont répondu qu'on est censé léguer le pécule, lorsqu'on dit que l'esclave sera libre après avoir rendu son compte, et paiera le reliquat en le prenant sur le pécule même.

21. Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales, et ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit

21. Les choses corporelles ou incorporelles sont également susceptibles d'être léguées. Ainsi, le défunt peut léguer ce qu'on lui doit, et alors l'héritier cède ses actions au légataire, à moins que le

testateur n'ait touché la somme de son vivant; car dans ce cas le legs est éteint. Est pareillement valable un legs ainsi conçu : « Mon » héritier est condamné à réparer » la maison d'un tel, » ou « à payer » les dettes d'un tel. »

vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: DAMNAS ESTO HERES DOMUM ILLIUS REFICERE, vel ILLUM ÆRE ALIENO LIBERARE.

22. Lorsqu'on lègue un esclave ou tout autre objet par une désignation générique, le choix appartient au légataire, si le testateur n'a pas exprimé le contraire.

22. Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

23. Le legs d'option, qui ordonne au légataire de choisir une chose, par exemple, un des esclaves du testateur, renfermait autrefois une condition tacite, et par conséquent le légataire qui n'avait pas opté de son vivant, ne transmettait point le legs à son héritier.

23. Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem; et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverit, ad heredem legatum non transmittebat.

Mais notre constitution, par une nouvelle et heureuse réforme, accorde à l'héritier du légataire l'option que celui-ci n'a pas faite de son vivant. Traitant cette matière avec plus de détails, notre constitution contient encore les dispositions suivantes : soit que plusieurs légataires, à qui on a laissé l'option, ne s'accordent point sur l'objet à choisir, soit que plusieurs héritiers d'un légataire unique se divisent sur l'option, l'un préférant un objet dont l'autre ne veut pas, alors, pour que le legs ne reste pas sans effet, comme la plupart des prudents le décidaient contre toute équité, la fortune sera l'arbitre du choix, et le sort désignera la personne dont l'opinion doit prévaloir.

Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est ut, sive plures legatarii existant quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors veniat, illius sententia in optione praecellat.

24. On ne peut léguer qu'à ceux avec qui on a faction de testament.

24. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

25. Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat; nam nec miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat : QUICUMQUE FILIO FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM DEDERIT, EI HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, æque incertæ personæ legari videbatur; et denique multæ aliæ ejusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari, quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti : EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT, SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HERES MEUS ILLAM REM DATO.

* Incertis autem personis legata * vel fideicommissa relicta, et per * errorem soluta, repeti non posse * sacris constitutionibus cautum * erat. *

25. On ne permettait pas autrefois de laisser aux personnes incertaines ni legs ni fidéicommis; les militaires mêmes, d'après un rescrit de l'empereur Adrien, ne pouvaient rien leur laisser. On considérait comme incertaines les personnes dont le testateur n'avait pas une idée précise, par exemple s'il avait dit : « Quiconque donnera » sa fille en mariage à mon fils re» cevra de mon héritier tel fonds. » Était aussi considéré comme laissé à personne incertaine, entre mille exemples du même genre, ce qu'on laissait aux premiers qui seraient désignés consuls après la confection du testament. La liberté ne pouvait pas non plus être donnée à une personne incertaine, parce que les esclaves devaient être affranchis nommément. Toutefois on léguait valablement avec désignation certaine, c'est-à-dire à une personne incertaine entre plusieurs personnes certaines. Par exemple : « Si l'un de » mes parents actuellement exis» tants épouse ma fille, mon hé» ritier lui donnera tel objet. »

D'après les constitutions impériales, le legs ou le fidéicommis laissé à des personnes incertaines et acquitté par erreur ne pouvait être répété.

26. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Ideoque ex

26. Était également nul le legs fait à un posthume externe. Le posthume externe est celui qui, à sa naissance, ne doit pas se trouver parmi les héritiers siens du

testateur. Ainsi, l'enfant conçu d'un fils émancipé était pour l'aïeul un posthume externe.

emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.

27. Ce système n'est pas non plus resté sans une juste réforme. Une constitution insérée dans notre code remédie encore à cette prohibition, non seulement pour les hérédités, mais aussi pour les legs et les fidéicommis, comme on le reconnaîtra clairement en lisant la constitution même.

27. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medemur non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis : quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit.

Toutefois on ne doit pas, même d'après notre constitution, nommer un tuteur incertain, parce que chacun doit pourvoir, de science certaine, à la tutelle de ses descendants.

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

28. On peut aujourd'hui, comme on pouvait autrefois, instituer un posthume externe, excepté lorsqu'il se trouve dans le sein d'une femme qu'on ne peut pas prendre pour épouse.

28. Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest, nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest.

29. L'erreur commise par le testateur sur les nom, surnom ou prénom du légataire, lorsqu'il n'existe aucun doute sur la personne, n'empêche pas la validité du legs. On observe la même règle à l'égard des héritiers, et avec raison; car les noms servent à désigner les personnes, et pourvu qu'on les distingue, il importe peu que ce soit par leur nom, ou de toute autre manière.

29. Si quis in nomine, cognomine, prænomine legatarii erraverit, si de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur, et recte : nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

30. Cette règle se rattache à cette autre règle, que la fausse désignation ne vicie point le legs, par exemple lorsqu'on dit : « Je » donne, je lègue Stichus qui est » né mon esclave. » En effet, bien

30. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit: STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO; licet enim non verna,

sed emptus sit, si de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit, STICHUM SERVUM QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

que Stichus, acheté par le testateur, ne soit pas né sous sa puissance, cependant, lorsqu'il n'existe aucun doute sur l'esclavage, le legs est valable. Conséquemment, lorsqu'on fait la désignation en ces termes : « L'esclave Stichus » que m'a vendu Séius, » tandis qu'il a été vendu par un autre, le legs est valable, pourvu qu'il n'existe aucune incertitude sur l'esclave.

31. Longe magis legato falsa causa non nocet : veluti cum quis ita dixerit, TITIO QUIA ME ABSENTE NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO; vel ita, TITIO QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO. Licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est : veluti hoc modo, TITIO SI NEGOTIA MEA CURAVIT, FUNDUM DO LEGO.

31. A plus forte raison, la fausse cause ne nuit-elle point au legs, par exemple lorsqu'on dit : « Je donne, je lègue l'esclave » Stichus à Titius, pour avoir » géré mes affaires en mon ab» sence, » ou « pour m'avoir fait » acquitter d'une accusation ca» pitale. » En effet, bien que Titius n'ait jamais géré les affaires du testateur, bien qu'il ne l'ait point fait acquitter, le legs n'en est pas moins valable ; mais il en est autrement lorsque la cause est énoncée en forme de condition, par exemple en ces termes : « Je » donne, je lègue tel fonds à Ti» tius s'il a géré mes affaires. »

32. An servo heredis recte legamus, quæritur. Et constat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit; quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus

32. On a douté de la validité du legs fait à l'esclave de l'héritier; mais un point certain, c'est que le legs pur et simple serait inutile, quand même l'esclave sortirait de la puissance de l'héritier avant la mort du testateur; parce que le legs qui aurait été nul, si le testateur était décédé aussitôt après la confection du testament, ne doit pas tenir sa validité de la survie du testateur. Quant au legs fait

sous condition, il est valable, sauf à examiner si à l'ouverture du legs l'esclave légataire ne se trouve pas sous la puissance de l'héritier.

33. Au contraire, lorsqu'on institue l'esclave, nul doute qu'on ne lègue valablement au maître, même sans condition. En effet, dans le cas même où le testateur décéderait immédiatement après la confection du testament, ce ne serait pas l'héritier qui profiterait du legs; car le legs reste séparé de l'hérédité, puisque l'esclave peut transporter celle-ci à un autre héritier, si avant de faire adition par ordre de son maître, il passe sous la puissance d'un tiers, ou s'il est affranchi, et devient personnellement héritier. Dans ces deux cas, le legs a son effet; mais si l'esclave reste dans la même condition et fait adition par ordre du légataire, le legs s'évanouit.

34. Autrefois le legs fait avant l'institution était inutile, parceque les testaments tirent leur force de l'institution. Aussi est-elle considérée comme le commencement et la base de tout le testament. Par la même raison, on ne pouvait pas donner la liberté avant d'avoir institué l'héritier.

an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

33. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur: nam et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit, dies legati cedere intelligitur; cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

34. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat.

Mais nous avons trouvé déraisonnable que, pour s'attacher à l'ordre de la rédaction (ce que les anciens avaient eux-mêmes désapprouvé), on négligeât la volonté du testateur : aussi, par une de nos constitutions, avons-nous encore corrigé cet abus. On pourra donc, soit

Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturæ sequi, quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus; ut liceat et ante heredis

institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem cujus usus favorabilior est.

35. Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat : CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; item, PRIDIE QUAM HERES AUT LEGATARIUS MORIETUR.

Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur.

36. Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat : veluti si quis ita scripserit, HERES MEUS, SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT, vel ex diverso, SI NON COLLOCAVERIT, DATO DECEM AUREOS SEIO; aut si ita scripserit, HERES MEUS, SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT, vel ex diverso, SI NON ALIENAVERIT, TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significetur, nec princi-

avant toute institution, soit entre plusieurs institutions d'héritier, faire un legs, et à plus forte raison laisser la liberté, qui jouit d'une bien plus grande faveur.

35. Le legs fait pour un temps postérieur à la mort de l'héritier ou du légataire était pareillement inutile, par exemple lorsqu'on disait : « Je donne, je lègue lorsque » mon héritier sera décédé ; » et encore, « la veille du jour que » mourra mon héritier ou mon » légataire. »

Mais, par une semblable réforme, nous avons voulu qu'en pareil cas le legs eût la même validité que les fidéicommis, afin que ces derniers ne soient pas, sous ce rapport, plus favorisés que les legs.

36. C'est inutilement aussi qu'un legs aurait été fait, révoqué ou transféré à titre de peine. Est considéré comme légué à titre de peine ce qu'on laisse pour contraindre l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose. Par exemple : « Mon héritier, s'il donne, » ou au contraire, « s'il ne donne pas sa » fille en mariage à Titius, paiera » dix pièces d'or à Séius ; » et encore : « Mon héritier, s'il aliène, » ou au contraire, « s'il n'aliène pas » l'esclave Stichus, donnera dix » pièces d'or à Titius. » Telle était la rigueur de cette règle que, suivant de nombreuses constitutions, le prince lui-même ne recevait pas ce qu'on lui avait légué à titre de peine. Un semblable legs ne pouvait valoir même dans un testa-

ment militaire, où cependant on observe scrupuleusement les autres volontés du testateur. La liberté elle-même ne pouvait pas être donnée à titre de peine. Bien plus, Sabinus jugeait impossible d'augmenter à titre de peine le nombre des institués, en disant, par exemple : « Titius sera mon » héritier, et s'il donne sa fille en » mariage à Séius, Séius sera également héritier. » En effet, dès que Titius était contraint, peu importait que ce fût par un legs, par l'adjonction d'un cohéritier ou par tout autre moyen.

pem quidem agnoscere quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. Eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat : TITIUS HERES ESTO, SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione an coheredis adjectione.

Mais, sans adopter un semblable scrupule, nous avons ordonné, en règle générale, que toute disposition, quoique faite, révoquée ou transférée à titre de peine, ne différera en rien des autres legs, soit qu'il s'agisse de donner, de révoquer ou de transférer, excepté toutefois ce qui sera impossible, contraire aux lois ou aux mœurs; car les principes de notre siècle ne permettent pas de valider dans un testament ces sortes de dispositions.

Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerunt relicta vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo : exceptis videlicet iis quæ impossibilia sunt vel legibus interdicta vel alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.

EXPLICATION.

PR.

687. Justinien, avant de passer aux hérédités légitimes, va s'occuper des legs et fidéicommis, par conséquent d'acquisi-

tions qui ne se font pas toujours *per universitatem*. Cette digression n'est pas faite *sine causa*. Elle est motivée par la nécessité où l'on se trouve ici de compléter ce qu'on a déjà dit sur les testaments. En effet, les legs et les fidéicommis sont une charge trop considérable de l'hérédité testamentaire, pour qu'on puisse les expliquer séparément.

Je diviserai l'explication de ce titre en cinq sections. Je m'occuperai, dans la première, de la définition et des notions générales (§§ 1, 2, 3); dans la seconde, des objets légués (§ 7, 4 *et* 11, 5, 6, 9, 10 *et* 11, 13, 14, 15, 21, 22 et 23); dans la troisième, des personnes à qui on peut léguer (§§ 24, 25, 26, 27, 28, 32, 33); dans la quatrième, de diverses règles à observer sur la désignation du légataire et de l'objet légué, sur la cause du legs, etc. (§§ 29, 30, 31, 34, 35, 36); dans la cinquième enfin, des effets du legs (§§ 16, 17, 18 *et* 19, 20, 8, 12).

PREMIÈRE SECTION.

§ I.

688. Dans son acception la plus étendue, le mot legs comprend toutes les libéralités dont l'effet dépend du décès, comme les fidéicommis, les donations à cause de mort, etc. (1).

Le legs proprement dit est une donation laissée par testament, *testamento facta* (2); en effet, il n'existe point de legs *ab intestat* (3). Mais, au lieu de TESTAMENTO FACTA, notre texte dit A DEFUNCTO RELICTA ; d'où il résulte que le legs consiste dans une donation faite par un défunt testat ou intestat. Ce changement est motivé, dit-on, par une innovation de Justinien, qui assimile le legs à une autre sorte de dernière volonté qui peut exister sans testament, c'est-à-dire aux fidéicommis [775]. Ainsi on définit ici le legs considéré dans le dernier état du droit, le legs confondu avec le fidéicommis; ce qui s'accorde mal avec l'intention formellement annoncée par Justinien (4) d'exposer séparément l'une et l'autre matière (5). D'ailleurs il a lui-même distingué les fidéicommis et les legs, précisément sous ce rapport que le legs ne peut pas exister ab intestat. La contradiction devient plus sensible encore lorsqu'on termine la

(1) *Paul. fr.* 87, *de legat.*, 3°. — (2) *Modest. fr.* 36, *de legat.*, 2°. — (3) § 10, *de hered. quæ ab intest.*; *Gaius*, 2 *inst.* 270. — (4) § 3, *h. t.* — (5) § 10, *de fideic. her.*

définition par ces mots *ab herede præstanda;* car ils expriment un autre caractère distinctif des legs qui doivent être mis à la charge de l'héritier seul, tandis que les fidéicommis peuvent être mis à la charge d'un légataire ou de toute autre personne [796].

689. Le legs n'est pas une véritable donation formée par le concours de deux volontés; c'est une donation improprement dite (*donatio quædam*) qui subsiste sans le consentement des légataires, et même à leur insu. A la vérité nul ne reçoit un legs malgré lui ([1]), mais on ne les refuse valablement qu'après la mort du testateur; et tant qu'ils ne sont pas répudiés, les legs subsistent par sa seule volonté. La donation, au contraire, n'existe qu'autant que la volonté du donataire a concouru avec celle du donateur ([2]).

§ II.

690. Le droit romain distingue plusieurs espèces de legs. Les uns transfèrent directement la propriété des choses léguées, et se nomment legs PER VINDICATIONEM ([3]), sans doute parce qu'ils donnent au légataire l'action en revendication, qui n'est qu'une conséquence de la propriété que le legs lui transmet ([4]).

Certains legs, au contraire, sans transférer la propriété, imposent à l'héritier une obligation de donner ou de faire. De là résulte contre lui une espèce de condamnation qui le rend débiteur de la chose léguée. Ce dernier legs qui se fait PER DAMNATIONEM, s'appelle *optimum jus legati*, parce qu'il laisse plus de latitude que tout autre à la volonté du testateur. En effet, le legs *per vindicationem* s'applique exclusivement aux choses dont le testateur a été propriétaire aux deux époques de la confection du testament et de sa mort (*a*); mais il importe peu que la chose léguée *per damnationem* lui ait jamais appartenu ([5]). Le légataire a, dans tous les cas, une action personnelle contre les héritiers, et ce n'est que par eux qu'il obtient la chose léguée ([6]).

([1]) *Pap. fr.* 80, *de legat.*, 2°; *Ulp. fr.* 81, § 6, *de legat.*, 1°. — ([2]) *Paul. fr.* 10; *Pomp. fr.* 26, *de donat.* — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 192 *et* 194; *Ulp.* 24, *reg.* 2, 3 *et* 7. — ([4]) *Gaius*, 2 *inst.* 194 *et* 195. — ([5]) *Gaius*, 2 *inst.* 197, 201, 203. — ([6]) *Gaius*, 2 *inst.* 202, 204. V. 4, *h. t.*

(*a*) Du moins pour les corps certains; car pour un legs de quantité, il suffit que le testateur soit propriétaire au moment de sa mort (*Gaius*, 2 *inst.* 196; *Ulp.* 24 *reg.* 7).

691. L'obligation qu'un legs impose aux héritiers n'a pas toujours la même étendue. Au lieu de les condamner à donner la chose léguée, on les condamne quelquefois à la laisser prendre par le légataire. Cette tolérance serait inutile à ce dernier pour la chose d'autrui, mais il en est autrement pour la chose qui appartient au défunt ou à l'héritier. Il suffit que le légataire en prenne possession en vertu du legs pour acquérir la propriété, puisqu'alors il possède sans opposition du propriétaire [389]. Aussi lorsqu'il s'agit d'une chose appartenant au défunt ou à l'héritier, le legs est-il valable sans examiner depuis combien de temps cette chose appartient à l'un ou à l'autre (1).

La volonté du testateur a donc ici moins de latitude que dans le legs *per damnationem*, et plus que dans le legs *per vindicationem;* sous ce rapport, elle constitue un troisième genre de legs SINENDI MODO (2).

692. Ces différences ne sont point le résultat d'une règle posée *à priori*, et par laquelle on aurait établi d'avance plusieurs manières de léguer, en assignant à chacune d'elles des objets et un effet particuliers; il semble, au contraire, que tout dérive ici de la volonté du testateur et des conséquences que lui donne une interprétation rigoureuse, mais exacte, de la formule qu'il a choisie parmi celles que l'usage consacre. Ainsi le legs confère au légataire soit la revendication, soit une action personnelle, suivant que les expressions indiquent une translation directe de la chose au légataire, ou une obligation imposée à l'héritier. Dans le premier cas, la disposition constitue un legs *per vindicationem*; dans le second cas, le legs est ou *per damnationem* ou *sinendi modo*, suivant que l'obligation imposée à l'héritier l'astreint à un fait actif ou à une simple tolérance.

Ainsi lorsque le testateur, agissant par lui-même sans adresser la parole à personne, dit DO (*a*) LEGO; ou lorsque, s'adressant au légataire même, il l'autorise à s'emparer de la chose, SUMITO CAPITO, etc., on en conclut que ce dernier acquiert, par le fait du testateur, la propriété que celui-ci peut

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 209, 210; *Ulp.* 24 *reg.* 10. — (2) *Gaius*, 2 *inst.* 209, 210; *Ulp.* 24 *reg.* 2 et 5.

(*a*) DARE, ainsi que nous l'avons déjà dit [482], signifie précisément transférer la propriété (§ 14, *de action.*).

transférer par testament, c'est-à-dire celle qu'il a eue aux deux époques de la confection et de la mort. Tous autres objets légués de la même manière le sont inutilement, parce qu'il n'en résulte aucune obligation pour l'héritier de transférer la chose que le testateur ne peut transférer lui-même. On tire une conséquence directement opposée des expressions par lesquelles le testateur, s'adressant à l'héritier, prononce contre lui une condamnation, DAMNAS ESTO : le légataire créancier n'est encore propriétaire de rien, mais il peut acquérir la chose léguée en la recevant des héritiers qui en sont débiteurs. Aussi a-t-il contre eux l'action personnelle qui résulte des legs *per damnationem* ou *sinendi modo* (a); car s'il existe quelque différence dans les effets de l'un ou de l'autre, c'est uniquement sous ce rapport que la condamnation prononcée contre l'héritier lui impose tantôt une obligation active : *damnas esto* DARE, DATO, etc., tantôt une obligation passive : *damnas esto* SINERE, etc.

693. Il existe une quatrième espèce de legs qui se fait PER PRÆCEPTIONEM (1), lorsque le testateur s'adresse au légataire, comme dans le legs *per vindicationem*, en lui ordonnant non pas de prendre l'objet légué, mais de le prélever (*præcipito*) : ce qui, à proprement parler, signifie prendre d'avance ou hors part. Les Sabiniens, s'attachant à cette différence, considéraient le legs *per præceptionem* comme formant une disposition distincte du legs *per vindicationem*, et plus rigoureuse encore. Suivant eux, elle ne pouvait profiter qu'à l'un des héritiers : car les héritiers seuls sont dans le cas de partager l'hérédité, et par conséquent de prendre avant partage ou par prélèvement. Aussi les Sabiniens (2) n'accordaient-ils dans ce cas d'autre action que celle qui est donnée aux héritiers pour diviser l'hérédité, c'est-à-dire l'action *familiæ erciscundæ* [1101, 1381]. Ainsi, pour toute autre personne que l'un des héritiers, et pour tout autre objet que ceux de l'hérédité, le legs *per præceptionem* aurait été inutile.

(1) *Text. hic; Gaius*, 2 *inst.* 192; *Ulp.* 24 *reg.* 2. — (2) *Gaius*, 2 *inst.* 216, 217, 219, 220.

(a) Le legs *sinendi modo* ne donne jamais l'action réelle. Le texte de Gaius (2 *inst.* 213) suffit pour démontrer que Pothier (30 *Pand*, n°s 2 et 276) a été trompé par l'*Epitome* de ce même texte, qui se trouve dans la *Lex romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum*.

Les Proculéiens, au contraire, prenaient le verbe *præcipere* dans le sens de *capere;* et pour valider les dispositions où le verbe *præcipito* employé par le testateur, s'adressait non pas à l'un des institués, mais à un simple légataire, ils faisaient abstraction de la syllabe *præ,* comme si le testateur avait écrit simplement CAPITO, et alors le legs *per præceptionem* ne différait en rien du legs *per vindicationem.* Cette opinion des Proculéiens paraît avoir été confirmée par Adrien (*a*).

694. Dans le Bas-Empire, à Constantinople, il n'existe plus de formules. Constantin (1) a autorisé, pour les legs, l'emploi du langage ordinaire, et cependant on distingue encore, d'après l'intention du testateur, les différentes espèces de legs. Toutefois il faut savoir que longtemps avant Constantin, dès le règne de Néron, on avait déjà renoncé à la stricte interprétation des formules, ou du moins à celle du legs *per vindicationem.* Cette formule, n'indiquant aucune obligation imposée à l'héritier, n'avait primitivement qu'un seul effet, celui de transférer la propriété, et lorsqu'elle ne pouvait produire cet effet, elle n'en produisait aucun. C'est donc inutilement, dans l'origine, qu'on aurait légué *per vindicationem* la chose d'autrui; mais un sénatus-consulte appelé Néronien a décidé que le legs *per vindicationem,* lorsqu'il ne vaudrait pas comme tel, vaudrait toujours comme s'il avait été fait *per damnationem* (2).

Dès lors la distinction des quatre espèces de legs empêcha rarement qu'une disposition ne produisît un effet quelconque. A la vérité, toutes les formules ne transféraient pas la propriété, et les legs *per vindicationem* ou *per præceptionem* ne la transféraient pas toujours; mais d'après le sénatus-consulte Néronien, ils avaient au moins l'effet du legs *per damnationem,* et produisaient une action personnelle contre l'héritier (3).

(1) *C.* 21, *de legat.* — (2) *Gaius,* 2 *inst.* 197; *Ulp.* 24 *reg.* 11. — (3) *Gaius,* 2 *inst.* 197, 218, 222.

(*a*) *Gaius,* 2 *inst.* 221; *Ulp.* 24 *reg.* 6 *et* 11. Dans ce système, le legs *per præceptionem* doit produire trois actions, savoir : 1° la revendication des objets légués, si le testateur a eu le domaine quiritaire aux deux époques de la confection et de la mort; 2° l'action personnelle, donnée en vertu du sénatus-consulte Néronien, pour obliger l'héritier à procurer au légataire la chose d'autrui (694); 3° l'action *familiæ erciscundæ,* pour obtenir le prélèvement des choses laissées *in bonis* par le testateur qui n'avait pas le domaine quiritaire. Cette dernière action ne pouvait être donnée qu'à l'un des héritiers; mais les deux autres compétaient au légataire, soit qu'il fût ou ne fût pas en même temps héritier (*Gaius,* 2 *inst* 222).

695. Cette action personnelle était donc une ressource presque toujours ouverte au légataire ([1]). Justinien la rend générale ; tout legs est à ses yeux le résultat d'une volonté toujours également forte et qui doit être exécutée par tous les moyens possibles. Ainsi, quelle que soit la forme de la disposition, le légataire aura l'action personnelle que donnait autrefois le legs *per damnationem ;* et si le testateur a légué sa propre chose, le légataire aura de plus la revendication, action réelle qui, dans le même cas, résultait des legs *per vindicationem*, ou *per præceptionem.* Enfin, Justinien accorde au légataire, sur tous les biens du défunt, une hypothèque tacite d'où résultera une seconde action réelle nommée quasi-servienne ou hypothécaire [1203]. Tels sont les résultats de la constitution par laquelle Justinien prétend assimiler tous les legs entre eux ([2]). Nous verrons cependant que s'ils ont toujours tout l'effet dont ils sont susceptibles, cet effet n'est pas toujours le même.

§ III.

696. Non content d'avoir assimilé les legs entre eux, l'empereur les assimile tous aux fidéicommis, et réciproquement ([3]) ; mais Justinien lui-même, pour éviter toute confusion, croit devoir traiter séparément, d'abord des legs, et ensuite des fidéicommis. J'attendrai donc, pour comparer les uns aux autres, et pour expliquer les innovations de Justinien, les occasions qu'il fournira lui-même dans ce titre et dans les titres suivants.

Remarquons seulement ici que, dans le legs comme dans l'institution d'héritier, les principes du droit civil dominent rigoureusement la volonté de l'homme (*legata... stricte concludentem*), tandis que les fidéicommis, sorte de dispositions indirectes récemment introduite et soumise à des règles plus équitables, laissent à cette même volonté une grande latitude : *fideicommissis... quæ ex voluntate magis descendebant... pinguiorem naturam indulgentem* [775].

SECONDE SECTION.

§ VII.

697. Ce qui n'existera jamais ne peut servir à rien ([4]). L'objet du legs doit donc avoir, sinon une existence actuelle,

([1]) *Plerumque, Justin. C. 1, commun. de legat.* V. 1102 ; § 5, *de obl. quasi ex del.* — ([2]) *Text. hic.* V. *C. 1, commun. de legat.* — ([3]) *Text. hic ; C. 2, commun. de legat.* — ([4]) *Javol. fr. 7, § 1, de tritic. et vin.*

du moins une existence future, comme on le voit par les exemples de notre texte.

Dans l'ancien droit, les objets dont le testateur n'était pas propriétaire lors de la confection du testament, et par conséquent les choses futures dont il est ici question, ne pouvaient régulièrement se léguer que *per damnationem* (1).

§§ IV et XI.

698. Le legs, qui est une manière d'acquérir, ne peut avoir pour objet les choses qui, n'étant pas dans le commerce, ne peuvent appartenir à personne (2); et lors même qu'elles sont dans le commerce, les choses n'y sont pas nécessairement pour tous. Il ne faut donc léguer à chacun que ce qu'il peut acquérir, *cujus commercium habet* (3). Autrement le legs serait nul, et le légataire n'obtiendrait ni la chose, ni son estimation ; car l'estimation que l'on donne quelquefois en place de l'objet légué n'est qu'un moyen indirect d'exécuter une disposition difficile à remplir, mais possible. L'impossible, au contraire, n'admet point d'équivalent [707].

Ainsi, par exemple, le legs d'une chose sacrée est absolument nul (*nullius momenti*), tandis qu'on lègue valablement la chose d'autrui, parce qu'il n'est pas impossible à l'héritier d'acquérir cette chose pour la remettre au légataire (4) ; en conséquence, s'il ne remet pas la chose léguée, il en paie l'estimation.

Le legs de la chose d'autrui est donc valable, mais seulement lorsque le testateur a légué sciemment la chose dont il n'était pas propriétaire. Dans le cas contraire, on suppose qu'il n'aurait pas légué la chose d'autrui s'il l'avait connue pour telle : en effet, il est beaucoup moins dur pour l'héritier de délivrer un objet qu'il trouve dans l'hérédité, que d'acheter l'objet légué pour le remettre à autrui. Sans doute la volonté du testateur peut l'obliger à faire cette acquisition, mais cette volonté ne se présume pas : on exige, pour y croire, que le testateur ait agi en connaissance de cause. La chose de l'héritier n'est pas dans le même cas ; le legs en est valable sans distinction, parce que

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 203. — (2) § 4, *h. t.*; § 1, *de usucap.*; § 2, *de inutil. stipul.*; § 5, *de emp. vend.* — (3) *Paul. fr.* 49, § 2, *de legat.*, 2°. — (4) *Ulp. fr.* 39, § 7, *de legat.*, 1°.

l'héritier n'a besoin de rien acheter pour exécuter la disposition (1).

699. La question de savoir si, en léguant la chose d'autrui, le testateur agissait sciemment, repose sur un fait invariable en lui-même, mais douteux jusqu'à la preuve qui découvrira la vérité. C'est le légataire qui doit prouver que le défunt a légué sciemment la chose d'autrui, parce que c'est toujours au demandeur à justifier sa prétention ; *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* [1328].

700. Si le testateur lègue un objet dont il est, mais dont il ne se croit pas propriétaire, cette erreur infirme-t-elle le legs? Il est des cas où l'on s'attache moins à la réalité du fait qu'à l'opinion des personnes : ainsi, par exemple, ceux qui se croient incapables d'accepter ou de répudier une hérédité, ne font rien d'efficace, malgré leur capacité réelle. Dans ce cas, *plus est in opinione quam in veritate* (2). Une décision directement opposée valide la disposition du testateur qui, en léguant sa propre chose, a cru léguer la chose d'autrui, et cette décision est fondée ; car si l'erreur infirme certains legs, c'est lorsqu'elle rend la volonté douteuse. De ce que le défunt a voulu donner sa chose, on n'ose pas conclure qu'il aurait également donné celle d'autrui ; mais celui qui voulait léguer la chose d'autrui aurait plus facilement encore légué la sienne : on ne craint donc pas, en validant ce dernier legs, d'outre-passer l'intention du testateur. Ainsi, relativement à la propriété de l'objet légué, il faut s'attacher à la réalité plutôt qu'à l'opinion du défunt [706] : *plus valet quod in veritate est quam quod in opinione* (3).

§ V.

701. L'hypothèque établie sur une chose pour garantir le paiement d'une créance suit la chose dans toutes les mains, et force les détenteurs, même lorsqu'ils ne doivent rien, à remettre au créancier l'objet hypothéqué, à moins qu'ils ne préfèrent acquitter la dette [1203]. Le légataire se trouverait, comme tout autre détenteur, exposé à l'action hypothécaire : il lui importe donc que l'héritier, débiteur de toutes les dettes héréditaires, paie le créancier, et par là même dégage l'objet légué ; mais

(1) *Pap. fr.* 57, § 8, *de legat.*, 2°. — (2) *Ulp. fr.* 15 *et* 16, *de adquir. vel omitt.* — (3) § 11, *h. t.* V. *Paul. fr.* 9, § 4, *de jur. et fact.*

le légataire peut-il contraindre l'héritier à faire ce paiement?

On décide ici, comme dans le paragraphe précédent, que l'héritier sera tenu de dégager la chose si le testateur a connu l'hypothèque; sinon, cette dernière reste à la charge du légataire. Cette distinction repose sur l'intention présumée du testateur : aussi l'hypothèque dont il a connu l'existence reste-t-elle à la charge du légataire, lorsque telle est la volonté expresse du défunt (*si tamen*, etc.); et réciproquement, l'hypothèque dont il n'a pas eu connaissance doit être dégagée par l'héritier, lorsqu'on peut supposer que telle a été l'intention du testateur (¹).

§ VI.

702. Le légataire à qui on a légué la chose d'autrui peut l'acquérir après la confection du testament, et alors l'intention du testateur devient impossible à exécuter, ou, pour mieux dire, elle est déjà exécutée en ce sens que le légataire a la chose que voulait lui donner le défunt. Il n'a donc plus rien à demander, du moins lorsque son acquisition provient d'une cause lucrative, *veluti ex donatione vel alia simili causa*; car deux causes lucratives ne doivent pas se cumuler en faveur d'une même personne (*a*), relativement au même objet (²).

Si l'acquisition de la propriété trouve un obstacle dans la propriété déjà acquise, elle n'en rencontre aucun dans l'estimation déjà reçue par le légataire; car la valeur de la chose n'a rien de commun avec la chose même (³). Tel est le motif de la distinction de notre texte, dans le cas où le même objet a été légué par deux testaments différents (*duobus testamentis*).

On suppose ici que le légataire acquiert la chose léguée (*vivo testatore*) avant la mort du testateur. Le même motif nécessiterait la même décision pour une acquisition postérieure au décès; car il s'agit ici de la chose d'autrui (*b*), et les héritiers

(¹) *Ulp. fr.* 57, *de legat.*, 1°; *Alex. C.* 6, *de fideic.* — (²) *Text. hic.* V. *Paul. fr.* 21, § 1, *de legat.*, 3°. — (³) *Cels. fr.* 88, *de verb. signif.*

(*a*) Observons à cet égard, que le maître et l'esclave ne sont pas considérés comme une seule et même personne. Le legs fait à l'esclave subsiste sur sa tête, quoiqu'il n'ait faction de testament que du chef de son maître (*Paul. fr.* 82, § 2, *de legat.*; 2°; *Pap. fr.* 5, *de servit. legat.*; V. 726, 727, 728, 729.)

(*b*) *Si res aliena legata fuerit.* Si le testateur lègue sa propre chose, le légataire ne peut l'acquérir *vivo testatore*, qu'autant que celui-ci aliène; or l'aliénation exerce sur la validité du legs une influence spéciale (V. § 12, *h. t.*).

débiteurs du legs sont libérés par cela seul que le légataire a la chose à titre lucratif [1].

703. Si ce dernier, au lieu d'acquérir gratuitement, fait quelque sacrifice pour avoir la chose léguée, le but du testateur n'est rempli qu'imparfaitement, et alors le légataire agit *ex testamento* pour obtenir le prix qu'il a déboursé [2]. S'il ne fait qu'une acquisition incomplète, il a pareillement l'action *ex testamento* pour le droit qui lui reste à acquérir sur la chose léguée [3].

§ IX.

704. Supposons donc un légataire du fonds d'autrui, qui d'abord achète ce fonds *deducto usufructu*, et ensuite par l'extinction de l'usufruit obtient la pleine propriété ; il agira *ex testamento*, et le juge, dit Julien [4], lui fera rembourser ce qu'il a payé pour la nue propriété. Cette décision de Julien est claire et précise ; notre texte la complique lorsqu'il annonce que le légataire, agissant en vertu du testament, demandera le fonds (*fundum petere*), et agira régulièrement (*recte agere*).

Par là on indique deux choses, savoir : 1° que le légataire doit demander le fonds, et non le prix de son acquisition ; 2° que cette demande est sans danger pour lui.

On demande aux héritiers le fonds, et non pas directement le prix, parce que c'est en vertu du legs et conformément au testament que l'on agit (*ex testamento agat*) : or le testateur n'a point légué le prix, mais la chose ; et quoique le légataire ait déjà le fonds, cependant, à l'égard des héritiers chargés de le lui procurer, ce même fonds est censé lui manquer par cela seul qu'il en a déboursé la valeur [5].

Sur la demande intentée pour le fonds, il appartient au juge (*officio judicis continebitur*) d'apprécier ce qui est dû au légataire. Ce dernier obtiendra donc, au lieu du fonds, une estimation qui n'est pas l'objet direct de son action, et que l'héritier ne pourrait pas facultativement substituer à la chose même [6]. Ici l'estimation du fonds sera celle de la nue propriété [7].

(1) *Julian. fr. 17, de oblig. et act.* — (2) *Text. hic ; Ulp. fr. 34, § 7, de legat., 1° ; fr. 15, quib. ex caus. in poss.* — (3) *Julian. fr. 86, § 4, de legat., 1°.* — (4) *Julian. fr. 82, § 2, eod.* — (5) *Julian. fr. 9, de obl. et act.* — (6) *Ulp. fr. 71, § 4, de legat., 1°.* — (7) *Text. hic ; Julian. fr. 82, § 2, eod.*

705. La demande du fonds est sans danger pour le légataire, quoique en général celui qui demande plus qu'on ne lui doit encoure une déchéance certaine [1261]. Or qui dit le fonds, dit la pleine propriété du fonds, en y comprenant l'usufruit [422], qui n'est pas dû. On répond à cette objection que, dans la demande du fonds, l'usufruit est considéré comme une servitude (*locum servitutis obtinet*). Pour apprécier cette réponse, il faut savoir que celui qui demande un fonds est censé en demander la propriété, moins les servitudes qui le grèvent; et la demande, interprétée en ce sens, n'expose à aucun danger. Pareillement, la demande du fonds s'entend ici de la propriété moins l'usufruit : ainsi, la même expression ne s'interterprète pas de la même manière dans le legs que fait le testateur, et dans l'action qu'intente le légataire. Dans le testament, *fundus* signifie la pleine propriété [422]; et dans la demande, *fundus* ne signifie souvent que la nue propriété, parce que, dans le doute, on prend le sens le plus favorable au demandeur (¹).

§§ X et XI.

706. La chose d'autrui, c'est-à-dire la chose qui n'appartient pas au testateur, peut appartenir au légataire, et dans ce cas le legs est nul, précisément parce qu'il n'y pas d'acquisition possible (²).

Si l'objet légué cesse d'appartenir au légataire, le legs n'en devient pas meilleur; car les dispositions qui ne vaudraient point si le testateur décédait aussitôt après avoir testé, ne peuvent jamais valoir, quelque longue que soit sa vie. Toutefois la règle catonienne, que nous appliquons ainsi lorsqu'il s'agit d'un legs pur et simple, ne s'étend pas aux legs conditionnels (³); aussi la validité de ces derniers dépend-elle de la propriété que le légataire aurait à l'événement de la condition, indépendamment de celle qu'il avait à la confection du testament (⁴).

La nullité du legs, dans le cas ci-dessus, ne tient pas à la volonté du testateur, mais à l'impossibilité d'exécution. Il suffit donc, pour valider le legs, que cette volonté puisse avoir un

(¹) *Ulp. fr.* 66, *de judic.* V. *Paul. fr.* 25, *de verb. signif.* — (²) § 10, *h. t.* V. *Pap. fr.* 66, § 6, *de legat.*, 2°. — (³) *Pap. fr.* 3, *de reg. caton.* — (⁴) *Paul.* 98, *de cond. et dem.*; *Ulp. fr.* 41, § 2, *de legat.*, 2°.

effet, *quia exitum voluntas defuncti potest habere*, quoique le testateur ait considéré comme appartenant au légataire la chose qui en réalité ne lui appartient pas. Ainsi, en pareille matière, ce n'est pas l'opinion, c'est le fait qui prévaut [700].

707. Lorsqu'il est impossible au légataire d'acquérir la chose léguée, il n'en reçoit pas même l'estimation. Notre texte le décide ici, comme il l'a décidé plus haut, relativement aux choses qui ne sont pas dans le commerce [698]. On était moins sévère dans les fidéicommis : pourvu que la disposition n'eût rien d'illicite, le fidéicommissaire avait droit à l'estimation des choses qu'il était accidentellement incapable d'acquérir (1).

§ XIII.

708. Pour libérer un débiteur de ce qu'il doit au testateur, à l'héritier ou même à un tiers (2), on lui lègue directement sa libération (*liberationem*) ou ce qu'il doit. On peut aussi défendre à l'héritier d'exiger le paiement, ou lui ordonner de payer les dettes du légataire. Il s'agit ici de la libération léguée par le testateur à son propre débiteur (*debitori suo*), qui devient ensuite débiteur de l'héritier. Or la chose qui nous est due ne nous appartient pas encore ; le débiteur en conserve la propriété, et ne nous la transmet par le paiement qu'en cessant de la devoir : léguer à quelqu'un ce qu'il doit, c'est donc très souvent lui léguer sa propre chose. Cette observation paraît avoir motivé, sur la validité du legs de libération, des doutes qui ont été facilement levés (3) : en effet, ce legs n'a pas pour objet la propriété de la chose due, mais seulement l'abandon d'une créance et du droit qu'elle donne contre le légataire, relativement à cette chose.

Les obligations ne s'éteignent que par certains modes spécialement déterminés, au nombre desquels le droit civil n'a pas compris les dispositions testamentaires. Aussi le legs dont il s'agit ici n'opère-t-il point la libération du légataire ; il lui fournit seulement une exception contre l'action que pourrait intenter l'héritier : ainsi, lorsque le texte dit que ce dernier ne peut pas demander la chose due, c'est en ce sens qu'il ne peut

(1) *Marcian. fr.* 114, § 5, *de legat.*, 1°; *Ulp. fr.* 40, *eod.*; *fr.* 11, § 17, *de legat.*, 3°. — (2) *Pomp. fr.* 8, *de liberat. legat.* — (3) *Ulp. fr.* 3, § 1, *de liber. legat.*

pas la demander efficacement [1]. Toutefois le légataire n'est pas réduit à la défensive. Il peut, dans ce cas comme dans tout autre, agir *ex testamento ut liberet eum* [2], afin que l'héritier, devenu créancier, lui donne sa libération conformément aux règles qui seront exposées plus loin [1121].

709. Jusqu'à présent nous avons supposé la libération léguée purement et simplement, et alors les actions ou exceptions accordées au légataire passent à ses successeurs, en sorte que l'héritier du testateur ne peut rien exiger ni du légataire même, ni de ses représentants [3]; mais le testateur peut aussi conférer au débiteur un bénéfice purement personnel, et quelquefois même un simple délai, *ad tempus jubere ne heres petat*. Dans ce cas, le légataire ne peut exiger sa libération; il n'a qu'une exception pour se défendre pendant sa vie, ou pendant le temps fixé par le testateur [4].

La volonté de libérer un débiteur se manifeste quelquefois par de simples indices; alors l'intention du défunt constitue, sinon un legs, du moins un fidéicommis, d'où résulte aussi une exception contre l'action intentée par les héritiers du testateur [5].

§ XIV.

710. Examinons maintenant le cas inverse, celui où le débiteur lègue à ses créanciers ce qu'il leur doit, et avant d'expliquer notre texte, remarquons qu'il n'a traité qu'une des faces de la question. En effet, lorsque le legs et la créance ne sont pas également lucratifs pour le légataire, par exemple, lorsque la créance procède d'une cause onéreuse, ou que le legs contient des charges, alors le légataire cumule cette qualité avec celle de créancier, au moins pour tout ce qu'il y a d'onéreux dans l'une ou dans l'autre [6].

Justinien suppose ici que la créance et le legs sont également lucratifs, et alors le principe précédemment exposé [702] empêche le cumul. En léguant à une personne ce qu'on lui doit à titre lucratif, on ne lui confère aucun avantage, et, par conséquent, le legs est nul [7]; mais s'il renferme un avantage quel-

(1) *Ulp. d. fr.* 3, § 3. — (2) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 3, § 3; *Pap. fr.* 22, *de lib. legat.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 15; *Pomp. fr.* 8, *eod.* — (4) *Pomp. fr.* 8, § 1, *de lib. legat.* — (5) *Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.; Scæv. fr.* 17, § 1, *de dol. et met. caus. except.; Diocl. et Max. C.* 17, *de fideic.* — (6) *Afric. fr.* 108, §§ 4 et 5, *de legat.*, 1°. — (7) *Pap. fr.* 66, § 2, *de legat.*, 2°; *Paul. fr.* 25, *de lib. legat.*

conque, le legs est valable. C'est ce qui arrive dans plusieurs cas ([1]), notamment lorsque la créance est à terme ou conditionnelle, et le legs pur et simple : le créancier peut agir comme légataire, sans attendre le terme ou la condition, et alors le legs vaut *propter repræsentationem* ([2]).

Continuera-t-il de valoir si la condition réalisée, ou le terme arrivé du vivant du testateur, fait perdre au legs l'avantage qu'il avait précédemment sur la créance? Suivant Paul ([3]), les circonstances qui auraient empêché la validité du legs, si elles avaient existé à l'époque de la confection, doivent l'anéantir, lorsqu'elles se réalisent postérieurement ; suivant Papinien ([4]), au contraire, le legs doit conserver sa validité première. Cette opinion a prévalu ; mais quel avantage en résulte-t-il pour le créancier? Aucun, si ce n'est peut-être la chance d'obtenir, en agissant comme légataire, une condamnation double des valeurs léguées, dans un cas que nous expliquerons plus loin [1107].

§ XV.

711. En parlant du testateur qui lègue à son créancier ce qui lui est dû (*quod debet*), sans autre désignation, on a supposé qu'il existe une dette ; car un semblable legs, fait par un testateur qui ne doit rien, est complétement nul. Mais lorsqu'on dit, « je lègue à un tel mille francs que je lui dois, » le legs a pour objet la somme et non pas la dette : ces mots « que je lui dois » ne sont considérés que comme une désignation [731], dont l'inexactitude ne nuit point à la validité du legs ([5]). Nous allons trouver dans notre texte l'application de ces divers principes.

En effet, le mari lègue souvent à sa femme la dot qu'il devra lui restituer à la dissolution du mariage. Ce legs procure à la femme un avantage réel ; car en réclamant sa dot *ex testamento* comme légataire, elle ne craint point que l'héritier obtienne, comme il pourrait l'obtenir si l'on agissait contre lui par l'action *de dote*, ou, pour parler plus exactement, par l'action *rei uxoriæ* [1254], soit un délai pour payer, soit le remboursement des dépenses utiles faites sur la chose dotale ([6]). Sauf cet

([1]) *Pothier*, 34 *Pand.* 3, n° 31. — ([2]) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 14, *de lib. legat.*; *Paul. fr.* 29, *de legat.*, 1°. — ([3]) *Fr.* 82, *de legat.*, 2°. — ([4]) *Fr.* 5, *ad. leg. falcid.* — ([5]) *Paul. fr.* 25, *de lib. legat.* — ([6]) *Ulp.* 6 *reg.* 9 *et* 10 ; *fr.* 1, §§ 2 *et* 4, *de dot. prælег.*

avantage, la femme n'obtient réellement que sa dot; et lorsque le mari n'en a point reçu, le legs se réduit à rien (1). Quelquefois, au contraire, la dot est mentionnée dans le legs, non comme objet de ce legs, mais seulement comme désignation d'une valeur ou d'une chose qui se trouve d'ailleurs suffisamment déterminée, par exemple, lorsque le testateur lègue à son épouse une valeur pécuniaire, comme 10,000 francs (*certa pecunia*) telle maison (*certum corpus*), ou la somme énoncée dans le contrat de mariage (*instrumentum dotis*). Dans ces différents cas, si le testateur ajoute que les sommes ou les choses par lui léguées sont celles qu'il a reçues en dot, l'inexactitude ou la fausseté de cette désignation ne nuiront point au legs [731]; la disposition vaudra, quoique le mari n'ait rien reçu (2).

§ XXI.

712. On peut léguer des droits d'usufruit ou de servitude [422], et d'autres choses incorporelles, par exemple, une créance (*nomen*). Observez que cette disposition ne transporte pas directement la créance au légataire, et ne lui donne pas immédiatement le droit d'agir contre le débiteur. Le seul effet du legs est d'obliger l'héritier à céder ses actions (*actiones suas*), c'est-à-dire les actions du défunt créancier qui sont maintenant celles de l'héritier (3). Celui-ci les cède au légataire en lui donnant un mandat qui lui permet d'agir au nom de l'héritier cédant. Dans ce cas, le cessionnaire agit, comme *procurator in rem suam* [1300], à ses risques et périls, et l'héritier du défunt qui se trouve libéré du legs, n'est tenu ni d'exécuter l'obligation, ni de garantir l'efficacité des actions cédées contre le débiteur (4).

Si la créance vient à s'éteindre, par exemple, si le débiteur paie du vivant du testateur, le legs périt avec la dette, comme il périt en général avec l'objet légué (5), et alors il n'existe plus aucune action que l'héritier puisse céder (6).

713. Le testateur fait un legs valable, lorsqu'il enjoint à son héritier de faire, de ne pas faire, ou de tolérer des actes qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs et aux lois (7). Ainsi,

(1) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 1, *pr. et* § 7. — (2) *Text. hic; Paul. fr.* 25, *de liber. legat.; Alex. C.* 3, *Diocl. et Max. C.* 5, *de fals. caus.* — (3) *Text. hic; Julian. fr.* 105, *de legat.*, 1°. — (4) *Ulp. fr.* 39, § 3, *de legat.*, 1°; *fr.* 75, § 2, *eod.* — (5) § 16, *h. t.* — (6) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 39 *et* 75. — (7) *Marcian. fr.* 112, §§ 3 *et* 4, *de legat.*, 1°.

par exemple, il peut défendre à son héritier d'exiger le paiement d'une dette [1]; il peut lui ordonner, soit de réparer la maison ou de payer les dettes d'une personne, soit de la laisser tirer des pierres dans telle ou telle carrière. Toutefois cette tolérance ne s'étend point aux héritiers du légataire [2].

§ XXII.

714. On s'est occupé jusqu'ici du legs d'espèce, c'est-à-dire d'objets certains, spécialement déterminés et distincts de tous autres, comme tel cheval, l'esclave Stichus, la maison située à tel endroit. Souvent, au contraire, le legs ne précise que le nombre des objets légués et leur genre, c'est-à-dire la classe à laquelle chaque chose appartient par des caractères qui lui sont communs avec plusieurs autres choses de même nature; par exemple, lorsqu'on lègue un esclave sans dire lequel.

Dans ce cas et autres semblables, on lègue un genre.

Quoique indéterminé dans la disposition, l'objet du legs doit être spécifié dans l'exécution; car on ne peut ni payer ni délivrer qu'une chose certaine. Cette chose se détermine par un choix que Justinien donne ici au légataire, sauf la volonté contraire du testateur.

715. Autrefois on faisait une distinction. Le legs *per damnationem*, en constituant l'héritier débiteur du legs, et en le soumettant à une action personnelle, lui laissait le choix qui en général appartient à tout débiteur d'une chose indéterminée [3]. Le legs *per vindicationem*, au contraire, permettait au légataire de choisir parmi les objets du même genre qui se trouvaient dans l'hérédité, car celui qui revendique désigne un objet dont il se prétend propriétaire [4], ce qui suppose une désignation et par conséquent un choix préalable ou au moins simultané. Ainsi, dans les différentes espèces de legs, le choix était moins une conséquence du legs que de l'action exercée par le légataire [5]; et par suite dans la législation justinienne, le concours des actions doit assurer à tout légataire le choix que donnait auparavant la revendication.

Le légataire a donc le choix, du moins lorsqu'il revendique; mais lorsqu'il intente l'action personnelle, le choix paraît de-

(1) § 13, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 33, § 4, *de legat.*, 1°. — (3) *Ulp.* 24 *reg.* 14. V. § 33, *de action.* — (4) *Paul. fr.* 6, *de rei vind.* — (5) *Afric. fr.* 108, § 2, *de legat.*, 1°.

voir rester à l'héritier, comme une conséquence de l'action et de sa nature ; je ne crois pas, en effet, que le même legs donne la revendication au légataire et le choix à l'héritier, à moins que le testateur n'ait formellement exprimé sa volonté.

716. Le choix se fait d'abord parmi les objets du même genre qui se trouvent dans l'hérédité, et à défaut dans la nature. De là vient qu'un legs de genre est toujours valable si le testateur laisse un ou plusieurs objets du genre dont il s'agit; tandis qu'il peut ne pas valoir, dans le cas contraire, à cause de l'immense latitude que donne une désignation trop vague. Ainsi, par exemple, le testateur qui lègue une maison, sans dire laquelle, fait un legs dérisoire lorsqu'il ne laisse point de maison; en effet, le légataire n'a sur les maisons d'autrui, ni la revendication, ni le choix qui en est la conséquence, et l'héritier peut donner une simple cabane (1). Le choix, soit qu'il appartienne au légataire ou à l'héritier, ne s'étend pas d'une manière illimitée sur tous les objets du genre : on en excepte ordinairement le meilleur et le plus mauvais; le légataire ne peut ni prendre l'un, ni être forcé de recevoir l'autre (2). Dans les obligations, au contraire, le débiteur peut se libérer en donnant le plus mauvais de tous les objets compris dans le genre (3).

§ XXIII.

717. Léguer un cheval, une maison, en général, c'est léguer une chose corporelle, quoique indéterminée; mais léguer le choix d'un cheval, c'est léguer une chose incorporelle, le droit de choisir avec la plus grande latitude l'objet que le légataire préférera (4).

Par sa nature même, un semblable legs est soumis à cette condition tacite, que le légataire choisira : conséquemment s'il meurt avant d'avoir choisi, il meurt avant l'accomplissement de la condition, et ne peut rien transmettre [743]. Il en résulte que la faculté de choisir ne passait point aux héritiers du légataire (5).

A cet égard, le legs d'option différait du legs de genre, lequel, étant pur et simple, passait aux héritiers du légataire pour peu que ce dernier survécût au testateur (6). Justinien (7),

(1) *Ulp. fr.* 71, *de legat.*, 1°; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 13. — (2) *Ulp. fr.* 37, *de legat.*, 1° — (3) *Javol. fr.* 52, *mandat.* — (4) *Ulp. fr.* 2, *de opt. vel elect.* — (5) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 12, § 8, *quand. dies legat.* — (6) *Ulp. d. fr.* 12, § 7. — (7) *C.* 2, *commun. de legat.*

au contraire, donne aux héritiers d'un même légataire le droit de choisir à sa place ; si plusieurs colégataires ou plusieurs héritiers d'un même légataire diffèrent sur le choix, le sort désignera celui d'entre eux qui doit choisir pour tous. Auparavant, et dans l'opinion la plus générale, le dissentiment, je ne dis pas entre les héritiers du légataire, puisqu'on ne leur transmettait jamais le choix (*a*), mais entre les colégataires eux-mêmes, suffisait pour anéantir le legs.

TROISIÈME SECTION.

§ XXIV.

718. Les personnes à qui l'on peut léguer sont celles *cum quibus testamenti factio est*, les mêmes que l'on peut instituer (1). Ajoutons que la faction de testament existe avec tous les citoyens romains et même avec les Latins Juniens, à l'exclusion des autres *peregrini* (2), et conséquemment des déportés (3). Quant aux esclaves, la faction de testament existe avec eux du chef de leur maître, en ce sens que pour les instituer ou pour leur laisser un legs, il suffit d'avoir faction de testament avec leur maître (4).

719. Parmi les personnes avec qui nous avons faction de testament, plusieurs ont été soumises à certaines restrictions. Ainsi, la loi Junia, en donnant un état aux Latins Juniens, défendit qu'on leur déférât la tutelle testamentaire (5) ; et malgré la validité des institutions ou des legs faits en leur faveur, cette même loi les empêchait de rien recueillir, lorsqu'ils n'étaient pas devenus citoyens au décès du testateur, ou dans les cent jours suivants (6).

(1) *Ulp.* 22 *reg.* 1. — (2) *Ulp.* 22, *reg.* 1, 3 *et* 9. — (3) *Anton. C.* 1, *de her. inst.* — (4) *Ulp.* 22 *reg.* 9 ; *Pomp. fr.* 12, § 2, *de legat.*, 2°. — (5) *Gaius*, 1 *inst.* 23 ; *Ulp.* 11 *reg.* 16. — (6) *Gaius, ibid.*; *Ulp.* 17 *reg.* 1 ; 22 *reg.* 2.

(*a*) Justinien (*text. hic.*; *C.* 3, *comm. de leg.*) suppose : 1° que les héritiers du légataire pouvaient n'être pas d'accord sur le choix; 2° que les prudents étaient eux-mêmes divisés sur la décision à prendre en pareil cas, ce qui paraît inexplicable : car les héritiers étaient nécessairement d'accord, puisqu'ils n'avaient jamais rien, *nisi ipse legatarius vivus optasset* (*text. hic.*). On justifierait peut-être notre texte, en faisant observer que s'il parle en même temps de plusieurs colégataires vivants et de plusieurs héritiers d'un même légataire décédé, la phrase incidente, *ne pereat legatum*, etc., ne s'applique point aux derniers, et s'entend seulement du cas où les colégataires étaient divisés entre eux. Malheureusement la constitution même n'admet pas cette interprétation.

D'après un plébiscite porté l'an de Rome 585, et connu sous le nom de loi Voconia, les femmes ne pouvaient être instituées par ceux qui possédaient une fortune excédant 100,000 as ou 25,000 sesterces, *centum millia æris* ([1]). Plus tard, c'est-à-dire sous Auguste, et d'après la loi Julia *de maritandis ordinibus* (151), les célibataires sont devenus, comme les Latins Juniens, incapables de recueillir, *capere*, ni hérédité ni legs, s'ils n'avaient pas satisfait à la loi en se mariant avant la mort du testateur ou dans les cent jours suivants ([2]). Enfin, d'après la loi Papia Poppæa [151], les personnes mariées, mais restées sans enfants, n'ont pu recueillir que la moitié de ce qu'on leur laissait ([3]).

Il reste encore au Digeste plusieurs traces des prohibitions ainsi établies par les lois Julia et Papia Poppæa ([4]); mais Constantin et Théodose ([5]), princes chrétiens, les ont supprimées, parce que la religion chrétienne honore la chasteté et par conséquent le célibat. Du reste, des incapacités d'un autre genre ont été établies par Théodose et par Justinien ([6]). Ils ont déclaré les hérétiques incapables de rien recevoir, soit par institution d'héritier, soit par legs ou par fidéicommis, même en vertu d'un testament militaire.

§ XXV.

720. On ne pouvait pas instituer les personnes incertaines, ni leur faire aucun legs ([7]). Cette prohibition absolue s'étendait au don de la liberté, comme à toute autre chose, et aux militaires, comme à tous autres testateurs. Les doutes ont été tranchés sur le premier point par la loi Fusia Caninia, d'après laquelle toute manumission testamentaire doit se faire nommément ([8]), et sur le second, par un rescrit d'Adrien. C'est à ce prince que remonte aussi la prohibition qui empêche les personnes incertaines de rien recevoir par fidéicommis ([9]).

On admettait, depuis cette prohibition, la répétition des fidéicommis indûment payés aux personnes incertaines, tandis qu'on n'admettait pas celle des legs ([10]). Cette différence à subsisté

([1]) *Gaius*, 2 *inst.* 274. — ([2]) *Ulp.* 17 *reg.* 1; 22 *reg.* 3. — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 286. — ([4]) *Terent. Clem. fr.* 72, *de her. inst. fr.* 62, § 1, *de condit. instit.* — ([5]) *C.* 1 *et* 2, *de infirm. pœn. celib.* — ([6]) *C.* 4, 5 *et* 22, *de hæretic.* — ([7]) *Text. hic*; *Ulp.* 22 *reg.* 4; 24 *reg.* 18. — ([8]) *Text. hic*; *Gaius*, 2 *inst.* 239; *Ulp.* 1 *reg.* 25. — ([9]) *Text. hic*; *Gaius*, 2 *inst.* 287. — ([10]) *Gaius*, 2 *inst.* 283; *Ulp.* 24 *reg.* 33.

jusque sous les empereurs chrétiens, qui ont supprimé (*sacris constitutionibus*) toute répétition.

721. Nous avons vu [586] qu'une personne peut être inconnue au testateur sans être incertaine. Cette dernière qualification s'applique aux personnes dont le défunt n'a pu se former une idée positive : ainsi, l'incertitude des personnes n'est ici qu'une conséquence de celle qui existe dans l'esprit et par suite dans la volonté du testateur, *quoniam certum consilium debet esse testantis* (1). En effet, on peut disposer en faveur d'une personne incertaine, lorsqu'elle est comprise dans une classe actuellement limitée. C'est ce qu'on appelle ici léguer *sub certa demonstratione* ou *incertæ personæ ex certis personis*. Voyez à cet égard les exemples cités par Justinien (2).

§ XXVII.

722. Dans la législation de Justinien, on dispose sans obstacle en faveur des personnes incertaines et des corporations, comme les villes (3), les pauvres, les captifs (4). On peut les instituer héritiers, leur laisser des legs ou des fidéicommis, mais la tutelle testamentaire ne peut être déférée qu'à une personne certaine : à cet égard, l'empereur maintient expressément l'ancienne prohibition (5).

§ XXVI.

723. Au nombre des personnes incertaines sont notamment les posthumes (*a*); cependant nous savons [568] que, longtemps

(1) *Ulp.* 22 *reg.* 4. — (2) *Text. hic.* V. *Gaius*, 2 *inst.* 238; *Ulp.* 24 *reg.* 18. — (3) *Leo, C.* 12, *de her. inst.* V. *Ulp.* 22 *reg.* 5. — (4) *Justin. C.* 49, *de epist. et cleric.* — (5) *Text. hic in fin.* V. *Gaius*, 2 *inst.* 239 et 240.

(*a*) Deux textes du Digeste (*Julian. fr.* 2, *de jur. codicil.*; *Gaius*, *fr.* 5, *de reb. dub.*) semblent établir une différence entre les posthumes externes et les personnes incertaines. En effet, d'après ces deux textes, les fidéicommis, qu'on ne peut pas faire en faveur des personnes incertaines (720), pourraient valoir en faveur d'un posthume ; mais à cet égard il importe de distinguer les époques.

Jusqu'au règne d'Adrien, les personnes incertaines ont eu pour les fidéicommis une capacité qui leur a été enlevée par un sénatus-consulte ; mais soit auparavant, soit depuis, le posthume externe a toujours suivi la condition des personnes incertaines. Il a eu la même capacité et l'a perdue comme elles ; *est enim incerta persona*, dit Gaius (2 *inst.* 241 ; V. *ibid.* 287). Si Julien (*fr.* 2, *de jur. codicil.*) parle d'un fidéicommis valable à l'égard d'un posthume externe, c'est parce que de son temps les personnes incertaines étaient encore capables de recevoir par fidéicommis. On

avant Justinien, il avait été permis d'exhéréder ou d'instituer les posthumes siens, et à plus forte raison de leur laisser un legs. La prohibition ne subsistait donc plus qu'à l'égard des posthumes externes, c'est-à-dire de ceux qui ne doivent pas naître sous la puissance du testateur, et qui par suite ne peuvent pas se trouver *inter suos heredes*. Ainsi les enfants conçus après l'émancipation de leur père (*ex emancipato filio*) ne sont pas siens à l'égard de l'aïeul paternel, parce qu'ils ne peuvent pas naître sous sa puissance [205].

§ XXVIII.

724. C'est inutilement qu'on aurait fait un legs en leur faveur, ou qu'on les aurait institués (1).

Cependant Justinien déclare ici que le posthume externe susceptible d'être institué d'après sa nouvelle législation (*nunc potest*) l'était également d'après la législation antérieure (*ante poterat*); mais cette difficulté résulte ici d'une simple équivoque. Il suffit, pour la lever, de distinguer entre le droit civil et le droit honoraire, entre l'hérédité et la possession de biens. Ainsi notre texte signifie que l'institution valait autrefois (*ante poterat*) d'après le droit prétorien, et que sous Justinien (*nunc potest*) [890], elle vaut même d'après le droit civil (2).

725. On excepte le cas où il s'agirait de l'enfant conçu par une femme (*quæ jure nostro uxor esse non potest*) : ce qu'on peut entendre, ou d'une femme qui ne peut épouser personne, ou d'une femme simplement incapable d'épouser le testateur ; ce dernier sens est celui de Théophile. En conclurons-nous que ne pouvant jamais épouser ni ma fille, ni ma bru, ni ma sœur, je suis par cela même dans l'impossibilité d'instituer leurs enfants ? Non sans doute ; car lorsqu'on permet d'instituer les posthumes externes, ce n'est pas pour exclure les petits-enfants ou les neveux du testateur. On veut prohiber une institution d'héritier contraire aux bonnes mœurs, pour ne pas favoriser le

(1) *Gaius*, 2 *inst.* 242. — (2) *Pr.*, *de bon. poss.*

---

en pourrait dire autant de la décision de Gaïus (*fr.* 5, *de reb. dub.*), si Tribonien n'avait pas altéré ce texte et les suivants (*Marcian. et Gaius*, *fr.* 6 et 7, *eod.*) pour les approprier à la législation de Justinien ; car, dans leur état actuel, ils supposent le posthume externe capable de recevoir non seulement un fidéicommis, mais un legs, et même une institution (V. *Jan. a Costa*, *hic*).

fruit d'un commerce illicite (1). Ainsi la femme *quæ uxor esse non potest*, est ici la femme qui, ne pouvant pas épouser le testateur, serait enceinte de ses œuvres.

§ XXXII.

726. Les qualités respectives d'héritier et de légataire sont incompatibles entre elles comme les qualités de créancier et de débiteur ; car on ne peut rien se devoir à soi-même. Ceux qui n'instituent qu'un héritier ne peuvent donc lui faire aucun legs (2) ; mais lorsqu'il existe plusieurs héritiers, le legs fait à l'un d'eux vaut pour la part qui tombe à la charge des autres héritiers, et est nul pour la part dont l'héritier légataire serait chargé envers soi-même (3).

Ce qu'on a dit de l'héritier s'applique avec certaines restrictions à ses esclaves ; car le legs fait à ces derniers profite au maître sous la puissance duquel ils se trouvent au moment (*quo dies legati cedit*), c'est-à-dire, comme on le verra plus loin [748], à la mort du testateur, si le legs est pur et simple ou à terme, et à l'événement de la condition, s'il est conditionnel (4). Ainsi pour apprécier la validité du legs fait aux personnes *alieni juris*, c'est à l'époque où *dies legati cedit* qu'il faut examiner si le légataire se trouve sous la puissance de l'héritier [743]. En appliquant ce principe au legs conditionnel, on décide qu'il peut valoir si le légataire ne se trouve pas sous la puissance de l'héritier *tempore quo dies cedit*, c'est-à-dire à l'événement de la condition.

727. Par suite du même principe, on devrait pareillement décider qu'un legs non conditionnel, *cujus dies cedit tempore mortis*, peut valoir si le légataire ne se trouve plus à la mort du testateur sous la puissance de l'héritier ; mais par cela même que *dies cedit tempore mortis*, le legs est régi par la règle catonienne, c'est-à-dire par une fiction qui suppose le testateur décédé *statim post testamentum factum*. En réunissant ainsi deux époques en une seule, la règle catonienne rend absolument indifférent l'intervalle qui a séparé l'une de l'autre, et, par suite, les dispositions qui auraient été nulles dans l'hypo-

(1) *Paul. fr.* 9, §§ 1, 2, 3 *et* 4, *de lib. et postum.* — (2) *Ulp.* 24, *reg.* 22. — (3) *Ulp. fr.* 34, §§ 11 *et* 12, *de legat.*, 1°; *Julian. fr.* 104, §§ 3 *et* 5, *eod.* — (4) *Ulp.* 24, *reg.* 31 ; *fr.* 5, §§ 1 *et* 7, *quando dies legat.*

thèse d'une mort immédiate, restent nulles malgré la survie du testateur [1].

Ainsi le legs pur et simple sera nul, par cela seul que le légataire a été sous la puissance de l'héritier lors de la confection du testament, quoiqu'il en soit sorti *vivo testatore*.

§ XXXIII.

728. Nous venons de supposer un legs fait à l'esclave de l'héritier : en sens inverse, lorsqu'on institue l'esclave, le legs fait au maître peut valoir, indépendamment de toute condition, *etiam sine conditione;* parce que le legs et l'hérédité ne seront pas nécessairement acquis à la même personne. En effet, le legs profite au maître dont l'esclave légataire dépend à l'époque où *dies cedit;* l'hérédité, au maître dont l'institué dépend au jour de l'adition. Quelle que soit l'époque de la mort, et lors même qu'elle arriverait immédiatement après la confection du testament, il y aura toujours un intervalle entre la mort et l'adition d'hérédité; et s'il devient certain, dès la mort même, que *dies legati cedit* pour le maître légataire, il n'est pas également certain que ce même maître deviendra héritier par un esclave qui est actuellement sous sa puissance, mais qui peut n'y pas être au jour de l'adition : en effet, si l'esclave institué change de condition, il acquerra l'hérédité pour soi-même ou pour son nouveau maître. Dans ces différents cas, le legs fait à son ancien maître vaudra (*quibus casibus utile est legatum*); mais si ce dernier conserve sous sa puissance l'esclave institué et devient héritier par lui, alors le legs s'évanouit [2].

729. Ainsi le legs fait au maître de l'institué peut valoir indépendamment de toute condition, parce qu'il ne se confond pas nécessairement avec l'hérédité (*cum hereditas a legato separata sit*). Il en est autrement du legs fait à l'esclave de l'institué, parce que l'hérédité déférée à une personne *sui juris* ne peut être acquise qu'à elle et par elle-même. Devenu légataire par son esclave, le maître acquerrait ensuite l'hérédité pour lui-même, et la confondrait nécessairement avec le legs. Pour disposer valablement, il faudrait séparer le premier de la seconde, et comme l'hérédité ne peut appartenir qu'au maître

(1) *Text. hic; Cels. fr. 1, de regul. caton.* — (2) *Text. hic; Gaius, 2 inst. 245. V. Julian. fr. 91, de legat., 1°.*

institué, on doit faire en sorte que le legs puisse appartenir à d'autres. Aussi, dans le paragraphe précédent, a-t-on exigé, pour la validité du legs, une condition à l'événement de laquelle la position du légataire pourra n'être plus la même. Les Sabiniens le décidaient ainsi, et leur distinction entre le legs pur et le legs conditionnel a prévalu (1) contre l'opinion de Servius et contre celle des Proculéiens. Servius, n'appliquant point la règle catonienne, s'était déclaré pour la validité du legs, même lorsqu'il était pur et simple, tandis que les Proculéiens prononçaient la nullité du legs, même lorsqu'il était conditionnel (2).

QUATRIÈME SECTION.

§ XXIX.

730. Le testateur doit désigner d'une manière certaine la personne, soit du légataire, soit de l'institué; car dans le doute, par exemple, lorsque la même désignation ou le même nom convient à plusieurs personnes, on n'admet ni l'une ni l'autre (3); mais on ne statue ainsi qu'après avoir épuisé tous les moyens de connaître l'intention du défunt (4), et, par conséquent, une erreur de nom, de prénom, etc., est sans importance, lorsqu'on sait d'ailleurs quel est le légataire, SI DE PERSONA CONSTAT (5).

§ XXX.

731. La même règle s'applique à l'objet du legs, lorsqu'on est certain de la chose que le testateur a voulu léguer, SI DE SERVO CONSTAT (6).

Il faut éviter de confondre la désignation (*demonstratio*) avec la détermination de l'objet légué. La première n'est qu'un indice dont le plus ou moins d'exactitude n'empêche pas de reconnaître une chose à d'autres signes. La détermination, au contraire, précise le caractère spécifique de la chose, caractère essentiel à défaut duquel l'objet n'est plus le même. Il résulte de là qu'une fausse détermination laisse le legs sans objet, comme si l'on avait légué ce qui n'existe pas.

C'est ainsi qu'en léguant ce que Titius me doit, ou la dot de

(1) *Text. hic; Ulp.* 24 *reg.* 23. — (2) *Gaius*, 2 *inst.* 244. V. *Ulp.* 24 *reg.* 24. — (3) *Ulp. fr.* 10, *de reb. dub.*; *fr.* 3, § 7, *de adim. legat.* — (4) *Cels. fr.* 25, *de reb. dub.* — (5) *Text. hic*; *Marcian. fr.* 48, § 3, *de her. instit.*; *Florent. fr.* 34, *de cond. et dem.* — (6) *Text. hic*, *in fin.* V. *Gaius*, *fr.* 17, § 1, *de cond. et dem.*

mon épouse, je fais un legs inutile, si Titius n'est point mon débiteur, ou si je n'ai rien reçu en dot [711]. Pareillement, si je lègue les mille francs qui sont dans ce coffre, les mille francs que Titius me doit, la disposition n'excédera ni le contenu du coffre, ni la dette de Titius; car ici je ne lègue pas mille francs en général, mais une somme spécifiée, un objet certain qui ne peut être remplacé par aucun autre ([1]) : tel est l'effet de la détermination ([2]). Au contraire, lorsque je lègue l'esclave Stichus (*Stichum servum*, en ajoutant qu'il m'a été vendu par Titius (*quem a Titio emi*), ou bien qu'il est né chez moi (*vernam*), je fais une désignation additionnelle et par conséquent superflue, quand il n'existe aucun doute sur l'objet légué, SI DE SERVO CONSTAT ([3]). Il en serait de même si le testateur, après avoir légué un héritage déterminé, *fundum Cornelianum*, ajoutait mal à propos que cet héritage lui a été apporté en dot ([4]). Cette fausse désignation ne nuirait pas au legs ([5]).

§ XXXI.

732. Lorsque le testateur, pour motiver sa disposition, exprime une cause qui n'existe réellement pas, on décide sur la fausse cause comme sur la fausse désignation, par des raisons semblables et même plus fortes (*longe magis*), en ce sens que le testateur, qui doit nécessairement désigner le légataire et la chose léguée, n'est nullement obligé de motiver sa volonté : *ratio legandi*, dit Papinien, *legato non cohæret* ([6]).

Conséquemment si l'héritier prouve la fausseté du motif allégué, le legs reste sans motif exprimé, ou même dénué de motifs, ce qui ne détruit pas la volonté du défunt. Il faudra donc prouver en outre que le testateur, s'il avait été mieux informé, n'aurait pas fait le legs; ce qui se présume quelquefois, mais très-rarement ([7]).

Lorsque la cause est énoncée conditionnellement, l'effet restrictif de la forme conditionnelle exclut naturellement tout autre cas et détruit la prétention du légataire, sans que l'héritier ait aucune preuve à fournir ([8]).

([1]) *Pap. fr.* 51; *Ulp. fr.* 75, § 2, *de legat.*, 1°. — ([2]) *Pothier*, 35 *Pand.* 1, n° 228, 232. — ([3]) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 17, § 1, *de condit. et dem.* — ([4]) *Ulp. fr.* 40, § 4, *eod.* — ([5]) § 15, *h. t.*; *Ulp. fr.* 40, § 4, *de condit. et dem.*; *fr.* 94, *de reg. jur.* — ([6]) *Pap. fr.* 72, § 6, *de condit. et dem.* — ([7]) *Paul. fr.* 92, *de her. inst.*; *Scævol. fr.* 75, *ad sc. trebell.* — ([8]) *Text. hic*; *Gaius*, *fr.* 17, § 3, *de cond. et dem.*

733. La cause du legs, comme on l'aperçoit par les exemples du texte, se tire d'un événement passé ; en cela elle diffère du mode, c'est-à-dire du but que le testateur assigne à sa disposition, par exemple, lorsqu'il exprime que tel objet est légué à telle personne, soit pour qu'elle construise le tombeau du testateur ou un édifice quelconque, soit pour qu'elle remette à d'autres une partie de l'objet légué (1). Dans ce cas, le légataire ne reçoit le legs qu'après avoir exécuté ou du moins après avoir garanti qu'il remplira la volonté du testateur (2) ; et en cas d'inexécution, si toutefois elle a dépendu de lui, il doit restituer ce qu'il a reçu (3). Il existe donc une grande différence entre le mode et la condition qui suspend l'effet du legs tant qu'elle n'est pas accomplie ou réputée accomplie (599). Cependant on excepte les conditions qui consistent, de la part du légataire ou de l'institué, à ne pas faire une chose qu'il aura possibilité de faire jusqu'à sa mort, par exemple, à ne point monter au Capitole, à ne point affranchir tel esclave (4). Cette condition ne sera véritablement accomplie qu'au décès de celui à qui elle est imposée ; la disposition faite en sa faveur ne pourrait donc jamais lui profiter, si l'on ne modifiait pas ici l'application des principes généraux. En pareil cas, le legs ou l'institution conditionnels s'exécutent comme s'ils étaient purs et simples, et la condition astreint seulement le légataire ou l'institué à garantir qu'il restituera, au cas de contravention, tout ce qu'il a reçu avec les fruits du temps pendant lequel il a joui. Cette garantie se nomme caution mutienne (5).

La condition, imposée au légataire ou à l'institué, de ne pas faire telle ou telle chose, est souvent susceptible de s'accomplir avant son décès. Alors on reste dans la règle générale ; la condition suspend la disposition, et ceux qu'elle intéresse doivent attendre l'événement. C'est en vain qu'ils offriraient la caution mutienne (6).

§ XXXIV.

734. L'institution d'héritier est la disposition principale du testament [223]. On en concluait que les dispositions de der-

(1) *Gaius, d. fr.* 17, § 4, *eod.* — (2) *Javol. fr.* 40, § 5, *eod.* — (3) *Scævol. fr.* 21, § 3, *de ann. legat.* — (4) *Ulp. fr.* 7, *de cond. et dem.* — (5) *Ulp. d. fr.* 7; *Pap. fr.* 79, § 2, *eod.*; *fr.* 76, § 2, *de legat.*, 2°. — (6) *Pap. fr.* 101, § 3 ; *fr.* 72, § 2 ; *Julian. fr.* 106, *de condit. et dem.*

nière volonté, lorsqu'elles doivent se faire par testament, ne peuvent pas précéder l'institution d'héritier sans se trouver hors du testament dont celle-ci forme le commencement (*caput*), et la base (*fundamentum*). Il fallait donc instituer un héritier avant de faire aucun legs ou aucun affranchissement [1]. Quant à la nomination des tuteurs, les Proculéiens ont fait prévaloir une exception fondée sur ce qu'en donnant la tutelle, le testateur n'entame point l'hérédité, et n'impose aucune charge à l'héritier [2].

Ce motif n'est pas applicable aux fidéicommis ; mais comme ils peuvent exister sans testament, le testateur a toujours été libre de les écrire avant l'institution [3].

Justinien [4] accorde la même facilité pour toutes les autres dispositions.

§ XXXV.

735. Pareillement (*simili modo*), pour ne pas donner moins de latitude aux legs qu'aux fidéicommis, il permet de différer l'exécution du legs jusqu'après la mort ou jusqu'au jour qui précédera la mort, soit du légataire, soit de l'héritier.

Différé jusqu'après la mort de l'héritier, le legs serait une charge imposée aux successeurs de l'héritier plutôt qu'à l'héritier même : or le legs, à la différence des fidéicommis, doit exclusivement tomber à la charge de l'héritier [688]. Aussi ne devait-il pas être différé jusqu'après la mort de ce dernier (*ne ab heredis herede legari videatur* [5]).

736. Le legs différé jusqu'après la mort du légataire était nul comme fait aux héritiers du légataire plutôt qu'au légataire lui-même, et par conséquent à personnes incertaines.

On n'admet aucune distinction entre le legs différé jusqu'après la mort (*post mortem*) et le legs différé seulement jusqu'à la veille du décès (*pridie quam morietur*). Cependant on a toujours pu léguer à une personne pour l'époque où elle sera mourante (*cum morietur*), comme nous l'expliquerons en traitant des obligations [1012, 1013 et 1014].

(1) *Ulp.* 24 *reg.* 15; *Gaius*, 2 *inst.* 229, 230; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 2. — (2) *Gaius*, 2 *inst.* 231. — (3) *Ulp.* 25 *reg.* 8. — (4) *Text. hic*; *C.* 24, *de testam.* — (5) *Gaius*, 2 *inst.* 232, 277; *Ulp.* 24 *reg.* 16; *fr.* 5, § 1, *de legat.*, 1°; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 5.

§ XXXVI.

737. Les dispositions testamentaires se soutiennent, comme nous l'avons déjà dit [732], par la volonté du testateur, sans examiner les motifs qui l'ont déterminée, motifs communément fondés sur sa bienveillance envers les héritiers et les légataires qu'il choisit. Cependant les avantages conférés à une personne deviennent presque toujours onéreux à quelque autre. Le legs est une charge imposée à l'héritier ; et le testateur, en donnant un cohéritier à ceux qu'il a déjà institués, diminue nécessairement leur part. Or, s'il ne donne que pour ôter, s'il ne favorise les uns que pour nuire aux autres, alors sa volonté n'a plus le même caractère : il obéit à un sentiment de haine ou de malice, sentiment indigne de la protection que la loi accorde aux dispositions testamentaires. C'est par cette raison, sans doute, qu'on réprouvait toute disposition faite à titre de peine (*pœnæ nomine*), c'est-à-dire pour punir une personne si elle fait ou ne fait pas telle ou telle chose ([1]).

Ces sortes de dispositions ne pouvaient valoir, même dans un testament militaire, ou en faveur du prince ; et quel que fût leur résultat, soit augmentation dans le nombre des institués, soit affranchissement d'un esclave, soit révocation ou translation d'un legs ou d'un fidéicommis, on les annulait toutes sans faire aucune distinction entre les différents moyens qu'aurait employés la malveillance du testateur : *nihil enim interest qua ratione*, etc. ([2]). La nomination du tuteur testamentaire n'est jamais faite à titre de peine ([3]), puisqu'elle ne profite ni ne préjudicie à l'héritier : quelquefois cependant la tutelle se donne *per inimicitiam*, et alors le motif du testateur devient une cause d'excuse [309].

738. Justinien permet au testateur d'imposer la peine qu'il jugera convenable à l'inexécution des choses qu'il désire, pourvu que le fait dont il s'agit soit un de ceux que l'on peut raisonnablement et légalement ordonner ou défendre ; car nul ne doit être puni pour n'avoir pas fait ce qui était impossible, ou contraire, soit aux mœurs, soit aux lois ([4]). Sous ce rapport, il importe donc toujours de distinguer la peine et la condition ; car

([1]) *Ulp.* 24 *reg.* 16; *Afric. fr.* 4, *de his quæ pœn. caus.* — ([2]) *Text. hic; Gaius*, 2 *inst.* 235, 236; 243; *Ulp.* 24 *reg.* 17. — ([3]) *Gaius*, 2 *inst.* 237. — ([4]) *Text. in fin.*

la condition d'un fait moralement ou physiquement impossible étant réputée non écrite [600], la disposition reste pure et simple ([1]), tandis que la peine attachée à l'inexécution d'un semblable fait annule la disposition. Cette distinction entre la peine et la condition est toujours très délicate ; c'est dans l'intention du testateur qu'il faut la chercher, plutôt que dans les expressions du testament ([2]).

CINQUIÈME SECTION.

§ XVI.

739. Un legs cesse de valoir, soit lorsque le testateur change de volonté, comme nous le verrons au titre suivant, soit lorsque la chose léguée périt pendant la vie du testateur ou même après sa mort, pourvu, dans ce dernier cas, qu'elle périsse (*sine facto heredis*) sans que l'héritier débiteur du legs y ait aucunement contribué. Il en est de même, lorsque la chose, sans être anéantie, est mise hors du commerce, par exemple, lorsque l'esclave légué par le testateur a été affranchi *sine facto heredis ;* ce qui arrive souvent lorsqu'on a légué, comme on le suppose ici, l'esclave d'autrui, *si servus alienus legatus sit* ([3]). Si l'on suppose au contraire que l'héritier, propriétaire de l'esclave légué, l'affranchit lui-même ou le donne à un nouveau maître, par qui l'esclave est ensuite affranchi, le fait de cet héritier suffit pour empêcher sa libération (*tenetur heres*), quoiqu'il ait ignoré l'existence du legs, *quamvis ignoraverit a se legatum esse* ([4]).

On n'a, dans ce dernier cas, aucune faute à lui imputer : aussi n'est-il pas question de le punir. On ne lui impose aucune obligation ; il s'agit seulement de savoir s'il est libéré d'une obligation existante, obligation dont l'extinction serait pour lui un bénéfice, et pour le légataire une perte. Ce dernier supporte la perte, lorsqu'elle arrive *sine facto heredis ;* mais, dans le cas contraire, il est juste que l'héritier ne profite pas du tort que son propre fait occasionne ([5]). Aussi, malgré la perte de la chose, verrons-nous, en règle générale, que le débiteur

([1]) *Ulp. fr.* 3 ; *Marcell. fr.* 20, *de condit. et dem.* — ([2]) *Marcian. fr.* 2, *de his quæ pœn. caus.* — ([3]) *Text. hic ; Paul. fr.* 35, *de legat.*, 1o. — ([4]) *Text. hic ; Marcian. fr.* 112, § 1, *eod.* — ([5]) *Julian. fr.* 25, § 2, *ad. sc. trebell.*

conserve et perpétue son obligation par un simple fait [991] qui, seul et exempt de faute, ne suffit point pour créer une obligation [1142 et 1143].

§ XVII.

740. Lorsque plusieurs objets sont légués par la même disposition, la perte des uns n'empêche pas le legs de subsister pour les autres, comme le démontrent les deux premiers exemples du texte. En effet, une esclave et ses enfants, deux esclaves dont l'un (*vicarius*) serait dans le pécule de l'autre (*ordinarius*), sont plusieurs esclaves, et chacun d'eux est considéré comme l'objet d'un legs distinct ([1]).

Au contraire, celui qui lègue un esclave avec son pécule (*cum peculio*) dispose principalement de l'esclave, le pécule, compris dans la même disposition, ne l'est qu'accessoirement, et à cause d'un autre objet dont la perte anéantit la totalité du legs ([2]). Par la même raison, le légataire, s'il ne pouvait plus demander le fonds légué, perdrait également toute espèce de droit sur l'*instrumentum* légué avec le fonds ([3]).

741. Il importe de ne pas confondre *fundus instructus* et *fundus cum instrumento*. Cette dernière expression, moins étendue que la première, comprend les objets destinés à la culture, à la conservation des fruits ([4]). *Fundus instructus* comprend en outre tous les objets placés sur le fonds pour en rendre l'usage et le séjour plus agréables ou plus commodes ([5]), à l'exclusion des choses déposées ou emmagasinées dans les bâtiments, *custodiæ gratia*, comme dans un grenier, et en attendant une autre destination ([6]).

§§ XVIII et XIX.

742. On suppose ici que l'objet légué est un troupeau composé de plusieurs brebis, dont le nombre peut diminuer ou augmenter. Dans le premier cas, n'en restât-il qu'une seule, le légataire aura *quod superfuit* (*a*). Dans le second cas, son

([1]) *Paul. et Gaius, fr.* 3 *et* 4, *de pecul. legat.* — ([2]) *Paul. et Gaius, fr.* 1 *et* 2, *eod.* — ([3]) *Text. hic*; *Paul. fr.* 1, § 1, *de instr. vel instrum.* — ([4]) *Ulp. fr.* 8; *fr.* 12, *pr. et* § 1 *et seqq.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 6 *et seqq.* — ([5]) *Ulp. d. fr.* 12, §§ 27, 28, 31 *et seqq.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 51 *et seqq.* — ([6]) *Ulp. d. fr.* 12, §§ 29, 36 *et seqq.*

(*a*) Pareillement, celui à qui l'on aurait légué une maison peut, malgré la démolition du bâtiment, revendiquer le terrain (*Pomp. fr.* 22, *de leg.*, 1°); cependant

legs comprendra toutes les brebis ajoutées au troupeau depuis la confection du testament. En effet, donner un troupeau, ce n'est pas donner isolément chacun des animaux dont il se compose. Considéré comme objet distinct d'un legs séparé, chaque animal périrait pour le légataire, et ne serait point remplacé ; considérés, au contraire comme partie intégrante d'un troupeau, les moutons sont comme les matériaux d'un bâtiment : d'autres moutons, d'autres matériaux substitués ou ajoutés aux premiers n'empêchent pas le troupeau ou le bâtiment d'être toujours le même (1). Conséquemment, les constructions ou les embellissements ajoutés au fonds légué, après la confection du testament, profitent au légataire (2).

743. Ces différentes décisions dérivent du principe général, que le légataire doit avoir la chose léguée dans l'état où elle existe, *cum* DIES *legati* CEDAT (3).

DIES CEDIT, en matière de contrats, indique le moment où l'obligation commence à exister, c'est-à-dire, lorsque la stipulation est pure et simple ou à terme, le moment même du contrat, ou lorsque la stipulation est conditionnelle, le moment où la condition s'accomplit (4). Tant que la condition reste en suspens, l'obligation n'existe pas encore; il y a seulement une espérance (*spes est tantum debitum iri*); et cette espérance est transmissible aux héritiers du stipulant s'il décède avant l'accomplissement de la condition (5), et par conséquent avant l'époque où DIES CEDIT. D'un autre côté, le bénéfice de la stipulation, même conditionnelle, profite toujours à la personne sous la puissance de qui se trouvait soumis, au jour du contrat, le stipulant *alieni juris* (6), quelle que soit d'ailleurs sa position à l'événement de la condition, ou, ce qui revient au même, à l'époque où DIES CEDIT. Ainsi cette époque n'exerce aucune influence sur la transmissibilité de la future créance, soit aux héritiers du légataire *sui juris*, soit aux personnes qui doivent l'acquérir par le stipulant quand il est *alieni juris*.

(1) § 18, *h. t.*; *Pomp. d. fr.* 22, *de legat.*, 1o. — (2) § 19, *h. t.*; *Javol. fr.* 10; *Modest. fr.* 39, *de legat.*, 2o. — (3) *Scævol. fr.* 28, *quando dies leg.* — (4) *Ulp. l.* 213, *de verb. signif.*—(5) § 4, *de verb. oblig.*; § 25, *de inutil. stipul.* V. 966 et 967.—(6) *Pomp. fr.* 18, *de reg. jur.*

---

l'usufruitier d'une maison renversée ne conserve aucun droit sur le sol (§ 3, *de usufr.*). Cette différence vient de ce que l'usufruitier ne jouit des choses que sous leur forme actuelle (*salva substantia*), et pour la destination qui résulte de cette forme [421].

En matière de legs, il en est tout autrement : le legs ne devient jamais transmissible avant l'époque où DIES CEDIT (a). A la vérité, cette époque coïncide avec la mort du testateur lorsque le legs est pur et simple ou à terme, et avec l'accomplissement de la condition lorsqu'il est conditionnel (¹); mais cette époque n'est pas celle où le légataire devient propriétaire de la chose léguée *per vindicationem*, ou créancier de la chose léguée *per damnationem*. Ces deux mots DIES CEDIT signifient seulement que le bénéfice du legs est désormais transmissible aux héritiers d'un légataire *sui juris*, ou, si le légataire est *alieni juris*, que le legs, bien qu'il ne produise encore aucun effet, devra profiter à la personne sous la puissance de laquelle le légataire *alieni juris* se trouve à cette époque, quelle qu'ait été ou quelle que puisse être sa condition à toute autre époque (²).

Cette règle, d'après laquelle DIES CEDIT, à la mort du testateur ou à l'événement de la conditon, ne s'applique pas aux legs qui ont pour objet un droit viager, tel que l'usufruit ou l'usage. Dans ce cas, c'est à l'adition d'hérédité seulement que DIES CEDIT (³). Il en est de même lorsque le legs, quel qu'en soit d'ailleurs l'objet, est fait par le testateur à son propre esclave, soit en l'affranchissant, soit en le léguant lui-même à un autre légataire (⁴). Ces dérogations à la règle générale s'expliquent, à l'égard du legs d'usufruit, par cette considération que l'usufruit et l'usage devant s'éteindre à la mort du légataire, il n'existe aucune raison pour dire que DIES CEDIT avant que la chose léguée soit acquise au légataire, c'est-à-dire avant l'adition d'hérédité (⁵). La décision relative au legs que le testateur fait à son propre esclave en l'affranchissant ou en le léguant à un autre légataire, suppose également que l'esclave affranchi

(¹) *Ulp.* 24 *regul.* 31 ; *fr.* 5, § 2, *quando dies legat.* — (²) *Ulp. fr.* 5, § 7; *fr.* 7, § 6, *eod.* — (³) *Ulp. fr.* 2, *eod.* — (⁴) *Ulp. fr.* 5, § 7 ; *fr.* 7, § 6, *eod.* — (⁵) *Ulp. fr.* 3, *eod.*

(a) Je ne cherche pas à traduire cette expression, parce que je ne lui connais point d'équivalent dans le langage du droit français. Quant à cette autre expression DIES VENIT, qui, d'après Ulpien (*fr.* 213, *de verb. signif.*), indique qu'une créance est devenue exigible, elle signifie simplement que le terme est échu ; littéralement, que le jour de l'échéance, *dies*, est arrivé, *venit*. L'exigibilité du legs n'est d'aucune importance dans la matière qui nous occupe. Elle ne détermine ni la transmissibilité du legs ni l'acquisition de la chose léguée au légataire. Toutefois, lorsqu'un droit transmissible aux héritiers du légataire, un usufruit, par exemple, a été légué pour une époque postérieure à l'adition d'hérédité, c'est l'échéance du terme seulement qui fixe l'époque où DIES CEDIT (*Ulp. fr.* 5, § 1, *quando dies legat.*)

par testament n'acquerra sa liberté qu'à l'adition d'hérédité, ou que l'esclave légué ne sera lui-même acquis par le légataire qu'à la même époque. Tant que cette adition n'a pas eu lieu, l'esclave du testateur reste dans la même condition, et appartient à l'hérédité vacante. C'est donc à l'hérédité même que profiterait le legs fait à cet esclave, si l'on appliquait dans ce cas la règle générale qui fixe à la mort du testateur l'époque où DIES CEDIT, et alors ce legs se trouverait inutile [1]. Pour qu'il puisse avoir son effet, on a différé cette époque jusqu'au moment où l'esclave changera de condition, soit en devenant libre, soit en sortant de l'hérédité pour passer sous la puissance du nouveau maître auquel il a été légué (*a*).

744. Ce moment est celui de l'adition; car, bien que la propriété de l'objet légué purement et simplement *per vindicationem* passe directement du testateur au légataire sans jamais appartenir à l'héritier [2]; néanmoins elle ne passe pas avant l'adition [3], parce que le testament ne peut produire aucun effet tant qu'il n'existe pas d'héritier. Jusqu'à l'adition, les objets héréditaires sont tous dans l'hérédité vacante, et si les esclaves légués font des acquisitions, c'est l'hérédité qui en profite (*b*), preuve certaine que ces esclaves lui appartiennent

(1) *Julian. fr.* 91, § 6, *de legat.*, 1°. — (2) *Pap. fr.* 80, *de legat.*, 2°. — (3) *Gaius*, 2 *inst.* 194, 195; *Julian. fr.* 87, § 2, *de legat.*, 2°. V. *Ulp. fr.* 7, § 5, *de dol. mal.*

(*a*) *Ulp. fr.* 7, § *ult.*; *fr.* 8, *quando dies legat.*; *Justin. d. C. un.*, § 6, *de cad. toll.* On suppose ici que l'esclave légataire est affranchi par le testateur même et sans condition: au contraire, lorsque l'affranchissement est conditionnel ou fidéicommissaire, l'adition d'hérédité ne suffit pas pour que *dies cedat* à l'égard des legs faits à ce même esclave. Il faut, en outre, que la liberté lui soit réellement acquise par l'événement de la condition (*Ulp. d. fr.* 8; *Justin. d. C.*, § 7, *de cad. toll.*) ou par l'exécution du fidéicommis (*Scævol. fr.* 27, § 1, *eod.*).

(*b*) *Javol. fr.* 38, *de legat.*, 2°. Pothier (30 *Pand.*, n° 288) prétend que ces acquisitions devront être restituées au légataire. Cette assertion n'a d'autre fondement que l'autorité de la glose et la fiction par laquelle Pothier veut faire rétroagir la propriété du légataire jusqu'à la mort du testateur, fiction qui ne repose sur aucun texte, pas même sur celui de Marcien (*fr.* 15, *de reb. dub.*). Ce jurisconsulte décide, il est vrai, que la propriété rétroagit; mais dans quelle hypothèse? Le légataire étant encore indécis, *deliberante legatario*, l'héritier aliène la chose léguée; dans ce cas, la validité ou la nullité de l'aliénation dépendent du parti que prendra le légataire. Son acceptation aura donc un effet rétroactif; il aura été propriétaire antérieurement à l'aliénation faite par l'héritier. Cela est incontestable; mais, pour admettre cette conséquence, il suffit de remonter à l'adition d'hérédité, sans aller au delà.

Lorsque le legs est conditionnel, et lorsque l'adition précède l'accomplissement de la condition, c'est à cette dernière époque seulement que la chose léguée

encore, et que le décès du testateur n'en a pas transféré la propriété au légataire.

Pour éviter une méprise trop ordinaire, il faut donc répéter que l'époque où DIES CEDIT est, en général, distincte de l'acquisition de l'objet légué, acquisition qui ne précède jamais l'adition. En effet, si l'on a, pour la plupart des legs, fixé à la mort du testateur ou à l'événement de la condition l'époque où DIES CEDIT, c'est pour rendre leur effet indépendant, non de l'adition même, mais des retards qu'elle peut éprouver par la volonté des institués ou par l'incertitude de la condition sous laquelle ils seraient appelés à l'hérédité ([1]). On a voulu que ces retards, quelle qu'en soit la cause, ne profitassent point à l'héritier. C'est dans ce but qu'à partir du moment où DIES CEDIT, le legs devient transmissible aux héritiers du légataire *sui juris*, et que l'on détermine, d'après la condition du légataire *alieni juris* à ce même moment, à qui devra profiter le legs. C'est aussi pour que l'étendue du legs restât indépendante des événements qui retarderaient l'adition d'hérédité, que l'état dans lequel la chose léguée sera plus tard acquise au légataire ou à ses représentants se détermine, comme nous l'avons déjà dit [743], à l'époque où DIES CEDIT.

§ XX.

745. Nous avons à faire ici l'application de ces divers principes relativement aux accroissements qu'un pécule légué a reçus, soit pendant la vie du testateur, soit après sa mort. Les premiers sont toujours compris dans le legs du pécule, parce que tout ce dont la chose léguée est augmentée ou diminuée *vivo testatore* est à l'avantage ou au désavantage du légataire [739], quel qu'il soit ([2]). Quant aux accroissements postérieurs au décès, il faut d'abord distinguer leur origine : ceux qui proviennent des objets mêmes dont se compose le pécule, par exemple, du croît des troupeaux, font toujours partie du legs (*a*); mais en ce qui concerne les accroissements provenant

([1]) *Ulp. fr. 7, pr. et §§ 1-4, quando dies legat.* — ([2]) *Text. hic; Julian. fr. 17, eod.*

passe au légataire. Jusque-là elle appartient aux héritiers (*Ulp. fr.* 12, § 5, *de usufr.; fr.* 1, § 4, *de sc. silan.; Modest. fr.* 32, § 1, *de legat.*, 2°; V., *Thémis*, *t.* 2, *pag.* 52).

(*a*) Remarquons cependant que le légataire n'obtient les fruits de la chose léguée

des acquisitions de l'esclave, il faut encore distinguer à quelle personne le pécule a été légué.

S'il est légué *ipsi manumisso*, c'est-à-dire à l'esclave qui en avait l'administration et qui est affranchi par le testateur, ce n'est point à sa mort, mais seulement à l'adition que le DIES CEDIT (*hujus modi legati dies ab adita hereditate cedit*), et dès lors le legs doit comprendre toutes les acquisitions faites par l'esclave jusqu'à l'adition d'hérédité. Pour un légataire étranger, au contraire, c'est à la mort du testateur que le DIES CEDIT, et, dans ce cas, le legs, ne comprend pas les acquisitions postérieures au décès.

746. Notre texte contient sur le legs du pécule trois propositions remarquables.

La première concerne les différents effets de l'affranchissement testamentaire et de l'affranchissement entre-vifs. L'un et l'autre donnent à l'esclave sa liberté : ni l'un ni l'autre ne lui donnent son pécule. Toutefois, lorsqu'un esclave, affranchi entre-vifs, emporte ce même pécule à la connaissance de son maître, il le conserve par cela seul qu'on ne le lui retire pas, *sufficit si non adimatur*, parce que le silence du maître équivaut à une donation tacite ; mais une libéralité testamentaire ne résulte pas du silence gardé par le défunt. Aussi, le pécule n'est-il dû aux esclaves affranchis par testament qu'autant qu'on le leur a légué : *nisi legatum fuerit, manumisso non debetur* (¹).

Cependant l'intention que l'on aurait eue de léguer à l'esclave son pécule peut résulter des circonstances (²), par exemple, si le testateur ordonne à l'affranchi de rendre son compte, et de prendre sur le pécule pour solder les héritiers, le reliquat du compte (*ex eo reliqua inferre*), ou une somme déterminée, *centum ex peculio* (³). Alors évidemment on lui laisse le surplus.

747. Les pécules sont des universalités composées de choses corporelles et même incorporelles, par exemple, de créances actives ou passives, soit envers les étrangers, soit envers le maître de l'esclave. Ce que l'esclave doit à son maître diminue d'au-

(¹) *Text. hic.* V. *Diocl. et Max. C. de pecul. ejus qui libert.* — (²) *Pap. fr.* 65, § 1, *de rei vind.* — (³) *Ulp. fr.* 8, § 7, *de pecul. leg.*

---

qu'à compter de la *litis contestatio* [1349]. Pourquoi donc le legs du pécule comprend-il tous les accroissements provenant *ex rebus peculiaribus?* Les textes (*Ulp. fr.* 8, § 8, *de pecul. legat.*; *Tryphon. fr.* 57, § 2, *de pecul.*) fondent cette décision sur l'intention présumée du testateur.

tant la valeur du pécule, qui réciproquement devrait s'augmenter de tout ce que le maître doit à l'esclave ; mais un rescrit de Sévère et Antonin a décidé que le legs du pécule ne donne pas à l'esclave le droit d'exiger (*petitionem habeat*) les sommes qu'il a dépensées pour le compte de son maître. Il ne peut donc les réclamer que lorsque telle a été la volonté formelle du testateur, sauf à compenser ce qu'il ne pourra pas exiger directement (1).

§§ VIII et XII.

748. Le même objet peut être légué à plusieurs personnes conjointement ou séparément ; conjointement, par exemple, lorsque le testateur nomme les deux légataires Titius et Séius dans la même disposition ; séparément, lorsqu'après avoir légué un objet à Titius, il le lègue encore à Séius. Dans le premier cas, la chose n'est léguée qu'une seule fois, *semel* (2), tandis que dans le second cas le même objet se trouve légué plusieurs fois, *sæpius legetur* (3).

Dans le legs *per damnationem*, l'héritier débiteur de la chose la devait autant de fois qu'elle avait été léguée, ou, ce qui revient au même, chacun des légataires devenait créancier de la chose entière ou d'une portion de la chose, selon qu'elle avait été léguée séparément ou conjointement. Ceci suppose que le legs produit son effet à l'égard de tous les légataires ; mais l'un d'eux peut refuser le legs, ou décéder avant son ouverture, par exemple, *vivo testatore*, ou enfin se trouver dans l'impossibilité d'en recueillir le bénéfice : alors l'héritier, ayant un créancier de moins, est déchargé par avance de tout ce dont il serait devenu débiteur envers ce dernier, sans que cela profite ou nuise en rien aux autres légataires. Ainsi, chacun de ceux à qui la chose avait été léguée conjointement pouvait toujours demander sa part, rien que sa part ; chacun de ceux à qui la chose avait été léguée séparément pouvait la demander en totalité, et l'héritier ne se libérait qu'en payant à chacun ou la chose même, ou sa valeur estimative (4).

Si le même objet peut être dû à plusieurs créanciers et à chacun pour le tout, il ne peut appartenir en totalité qu'à un seul propriétaire. Aussi, lorsque le testateur, au lieu de constituer les légataires créanciers de la chose léguée, leur en confère la

(1) *Text. hic ; Ulp. d. fr.* 6, § 4, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 85, *de legat.* 1°. — (3) *Ulp. fr.* 34, § 1, *eod.* — (4) *Gaius*, 2 *inst.* 205 ; *Ulp.* 24 *reg.* 13.

propriété au moyen d'un legs *per vindicationem* ou *per præceptionem*, il importe peu que le legs ait été fait conjointement ou séparément. Dans l'un et l'autre cas, il se divise entre les colégataires (*a*), ou reste en totalité à celui qui se trouve seul. Tel est l'effet du droit d'accroissement qui résulte du legs *per vindicationem* [1], parce que ce legs établit entre les colégataires une copropriété qui ne se divise que par le partage, en cas de concours : *partes concursu faciunt* [2]. Le legs *per damnationem*, au contraire, ne laisse rien à partager ; les parts y sont toutes faites : DAMNATIO PARTES FACIT [3]; parce que cette espèce de legs ne donne qu'une créance qui se divise d'elle-même entre les conjoints, comme les créances et les dettes du défunt se divisent de plein droit entre ses héritiers [4].

749. Dans le legs d'usufruit, l'accroissement a lieu d'après les distinctions précédentes, lorsque l'usufruit du même objet est légué à plusieurs conjointement ou séparément, *per vindicationem* et non *per damnationem* [5]. Mais le legs d'usufruit a cela de particulier que, même après l'avoir recueilli concurremment et après l'avoir partagé en raison de la concurrence, chacun des légataires conserve encore un droit d'accroisse-

(1) *Text. hic; Gaius*, 2 *inst.* 199. — (2) *Ulp.* 24 *reg.* 12 ; *fr.* 24, § 10, *de legat.*, 1°; *fr.* 3, *de usufr. accresc.* — (3) *Ulp. fragm. vatic.*, § 85. — (4) *Gord. C.* 6, *famil. ercisc.* — (5) *Ulp. fragm. vatic.* § 85, *fr.* 1, § 3, *de usufr. accresc.*

(*a*) *Gaius*, 2 *inst.* 199, 223. Quant aux legs *sinendi modo*, V. *ibid.* (215).

On lègue quelquefois le même objet à plus de deux personnes, et alors certains légataires peuvent se trouver conjoints entre eux, et disjoints relativement à un ou à plusieurs autres colégataires. Dans ce cas, il s'agit toujours de savoir combien de fois la chose a été léguée ; car les conjoints ne comptent que pour une tête, et ne prennent qu'une seule part (*Afric. fr.* 9, *de usufr. accresc.*; *Ulp. fr.* 34, *de legat.*, 1°). En effet, *defunctus legatum semel ad eos.... pertinere voluit* (*Paul. fr.* 85, *eod.*), et en cela ils diffèrent de ceux à qui le même objet est légué séparément (*Sæpius*; *Ulp. d. fr.* 34, § 1). Réciproquement et par la même raison, la part des colégataires conjoints ne se subdivise qu'entre eux, et n'accroît aux autres qu'à défaut de tous les conjoints (*Paul. fr.* 26, § 1, *de us. et usufr. legat.*; *Justin. C.* 1, § 10, *de cad. toll.*)

Supposons donc le même objet légué trois fois, savoir : 1° à *Primus* et à *Secundus* ; 2° à *Tertius*, *Quartus et Quintus* ; 3° à *Sextus* seul. Il y aura division par tiers, puis subdivision du premier tiers entre deux conjoints, et du second entre trois autres conjoints. Le défaut d'une tête entière, par exemple de Sextus qui n'a pas de conjoint, changerait la division principale, et porterait à une moitié le tiers des deux autres têtes, sans rien changer à la subdivision du tiers ou de la moitié entre les conjoints qui forment une même tête. Le défaut d'un légataire qui laisse des conjoints profite à ces derniers dans la subdivision de leur part commune, sans changer ni la division principale ni la subdivision des autres parts. Il en est de même entre cohéritiers (*Paul. fr.* 142, *de verb. sign.*; V. 592).

ment, pour le cas où l'usufruit partiel de son concurrent s'éteindrait ; car alors cette portion d'usufruit, au lieu de se réunir à la nue propriété, accroît à l'autre légataire. En effet, l'usufruit n'existe que par le fait d'une personne usante et jouissante, et bien qu'il ne s'ouvre qu'une seule fois, ce droit, bien différent sous ce rapport de la propriété que le légataire acquiert une fois pour toutes, semble légué et constitué jour par jour : aussi le colégataire, restreint à une jouissance partielle, tant qu'il a des concurrents, jouit-il de la totalité dès qu'il se trouve seul à jouir ([1]).

Cet accroissement profite quelquefois au colégataire survivant, quoiqu'il ait perdu sa propre part de l'usufruit légué, parce que l'usufruit accroît à la personne ([2]); tandis que, dans les cas ordinaires, l'accroissement s'opère de portion à portion, en ce sens que la part recueillie par un des légataires, et par lui transmise à ses héritiers, s'accroît dans leurs mains des portions répudiées, même après le décès de leur auteur ([3]).

750. Les règles établies sur l'accroissement ont subi, sous Auguste, d'importantes modifications résultant des lois Julia et Papia Poppæa [151], dites lois caducaires, parce qu'elles ont statué sur les dispositions testamentaires devenues caduques. On appelle ainsi l'institution ou le legs qui, quoique valable et susceptible d'être recueilli d'après le droit civil, c'est-à-dire d'après le droit primitif, échappe à l'institué ou au légataire après la mort du testateur, par une cause quelconque, notamment aux Latins Juniens ou aux célibataires qui n'ont pas rempli les conditions exigées par les lois Junia et Papia [719], et en général à tout institué comme à tout légataire qui répudie, qui décède ou qui perd la qualité de citoyen avant que le testament ait été solennellement décacheté pour être lu et communiqué aux personnes intéressées ([4]), *ante apertas tabulas* ([5]). En effet, pour augmenter les chances de caducité, plusieurs sénatus-consultes ajoutés à la loi ont décidé que, jusqu'à l'accomplissement de cette solennité, la mort du testateur ne pourra ni déférer l'hérédité, s'il existe plusieurs institués, ni ouvrir le legs. Ainsi, sous l'empire des lois caducaires, c'est à

([1]) *Ulp. fr.* 1 ; 7, *eod.; fragm. vatic.* § 77. — ([2]) *Ulp. fr.* 10, *eod.; Pap. fr.* 33, § 1, *de usufr. et quemadm.* — ([3]) § 4, *de sc. orphit.; Julian. fr.* 26, § 1, *de cond. et dem.* — ([4]) *Ulp.* 17 *reg.* 1 ; 1 *reg.* 20. — ([5]) *Ulp. fr.* 4 *et* 6 ; *Gaius, fr.* 7, *testam. quemad.*

compter de l'ouverture du testament que *dies cedit*, pour un legs pur et simple ([1]).

Quant aux institutions ou legs valables dont l'effet a manqué du vivant du testateur, sans être précisément caducs, ils ont été considérés comme tels (*in causa caduci*) ([2]), et soumis aux mêmes règles.

751. Sauf une exception qui maintenait l'ancien droit pour les ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré ([3]), la loi Papia Poppæa attribua les dispositions caduques au peuple (*a*), mais seulement lorsque les personnes avantagées dans le testament soit comme héritiers, soit comme légataires, seraient toutes sans postérité. En effet, parmi celles qui ont des enfants, la loi préférait au peuple les légataires, quels qu'ils fussent ; aux légataires, les héritiers institués ; et à toute autre personne, le cohéritier ou le colégataire appelé conjointement avec le défaillant ([4]). On a douté si cette préférence du colégataire conjoint devait s'appliquer exclusivement au cas du legs *per vindicationem* ou s'étendre à tous les colégataires conjoints, sans distinguer la forme du legs. Cette dernière opinion a prévalu, même pour le legs *per damnationem* qui ne donnait pas l'accroissement ([5]).

752. A cette occasion, et sans doute pour restreindre autant que possible l'application des lois caducaires, le titre de conjoints, appliqué entre colégataires ou cohéritiers, reçut une acception beaucoup plus large, trop large même, puisque les cohéritiers ou colégataires furent tous appelés conjoints sans l'être de la même manière. En effet, les conjoints proprement dits sont les cohéritiers ou les colégataires que le testateur a

([1]) *Ulp.* 24 *reg.* 31. V. *Justin. C.* 1, §§ 1, 2 *et* 5, *de cad. toll.* — ([2]) *Justin. d. C.* 1, § 2. — ([3]) *Ulp.* 18 *reg.* 1. — ([4]) *Gaius*, 2 *inst.* 206. V. *Ulp.* 25 *reg.* 17. — ([5]) *Gaius*, 2 *inst.* 210.

(*a*) *Ad populum* (*Gaius*, 2 *inst.* 286). Les règles primitivement établies sur la caducité des legs et des institutions ont été ensuite étendues à certains fidéicommis, dont quelques uns ont été attribués au peuple, et d'autres au fisc (*Gaius*, 2 *inst.* 285, 286) ; enfin, sous Antonin Caracalla, toutes les dispositions caduques sans distinction (*omnia caduca ; Ulp.* 17 *reg.* 2) ont été dévolues au fisc, c'est-à-dire au trésor du prince.

Faut-il en conclure, comme on l'a fait récemment, que cette attribution générale est exclusive, en d'autres termes, que les conjoints, les héritiers et les légataires ayant des enfants ont perdu, à l'égard du fisc, la préférence que la loi Papia leur avait accordée sur le peuple? En aucune manière, puisque cette préférence est encore signalée par Ulpien (25 *reg.* 17), postérieurement à la constitution de Caracalla.

réunis dans une même disposition ; ceux qu'il appelle par des dispositions distinctes sont disjoints [748]. Dans l'un et l'autre cas toutefois, ils sont appelés au même objet (*eadem res legata*) : les colégataires, conjoints ou disjoints suivant la manière dont le testament dispose, sont donc nécessairement conjoints par l'unité de l'objet légué. Aussi a-t-on distingué des colégataires conjoints par cela seul qu'on leur a légué le même objet, *conjuncti re*, et des colégataires conjoints en outre par la disposition du testateur, *conjuncti re et verbis* (1). Cette distinction cadre exactement avec celle de notre texte : les *conjuncti re* se confondent avec les colégataires disjoints ; les *conjuncti re et verbis*, avec les conjoints proprement dits (2).

Quelquefois le même objet se lègue à plusieurs légataires par une seule disposition, mais avec attribution de parts, *ex æquis partibus*, par exemple. Dans ce cas, chaque légataire a eu dès l'origine sa fraction, et n'a jamais été appelé à la totalité : SEMPER PARTES HABENT (3). De semblables colégataires diffèrent essentiellement de ceux qui *partes concursu faciunt* ; à proprement parler, les parts que le testateur leur attribue forment plusieurs objets distincts : aussi n'existe-t-il entre eux aucun accroissement (4). Cependant, sous un autre rapport, c'est-à-dire pour l'application des lois caducaires, on les appelle *conjuncti verbis, re autem non* (a).

753. Maintenant, lorsqu'on demandera si et comment s'appliquait, à ces trois classes de conjoints, la préférence accordée par la loi Papia, Paul (5) répondra sans hésiter que cette préférence appartient aux *conjuncti re et verbis*, et n'appartient pas aux *conjuncti re*. En effet, on ne pouvait pas, sans effacer la distinction faite par le législateur, étendre jusqu'à ces derniers un droit réservé aux seuls conjoints.

Quant aux *conjuncti verbis*, Paul hésite à leur donner ce

(1) *Paul. fr.* 89, *de legat.*, 3°; *fr.* 142, *de verb. signif.* — (2) *Text. hic*; *Gaius*, 2 *inst.* 199, 205; *Ulp.* 24 *reg.* 12 *et* 13; *fr.* 34, § 9, *de legat.*, 1°. — (3) *Paul. d. fr.* 89, *de legat.*, 3°. — (4) *Julian. fr.* 84, § 12, *de legat.*, 1°; *Pap. fr.* 11, *de usufr. accresc.* — (5) *Paul. d. fr.* 89.

(a) *Paul. fr.* 89, *de legat.*, 3°; *fr.* 142, *de verb. sign.* Ces deux textes sont extraits d'un ouvrage consacré à l'interprétation des lois caducaires, *ad legem Juliam et Papiam Poppæam*. Paul ne s'occupe donc pas du droit d'accroissement, comme on l'a cru longtemps, et bien mal à propos, puisqu'on n'aboutit dans ce sens qu'à établir une double contradiction entre Paul et les autres jurisconsultes. En effet, Paul, si l'on interprétait son texte dans le sens du droit d'accroissement, dépouillerait de ce droit les *conjuncti re* pour en gratifier les *conjuncti verbis*.

même droit de préférence ; cependant il le donne, comme précédemment on l'a donné, dans le cas du legs *per damnationem*, aux conjoints qui n'ont jamais eu le droit d'accroissement [748], parce que l'analogie est complète : les uns SEMPER PARTES HABENT (1) ; à l'égard des autres, DAMNATIO PARTES FACIT (2).

754. Les lois caducaires ont été abrogées par Justinien (3). Ainsi, en cas de disposition pure et simple, l'hérédité est déférée et le legs est ouvert par le décès du testateur ; les parts vacantes cessent de profiter au fisc comme parts caduques, et accroissent aux cohéritiers et colégataires, ou à défaut de ceux-ci restent dans l'hérédité : mais, comme tous les legs donnent également l'action réelle et la propriété [692], Justinien supprime les anciennes distinctions résultant de la forme, et ne prend dans Gaïus que le passage applicable au legs *per vindicationem*, en le donnant ici comme règle générale (*a*). Ainsi l'accroissement aura lieu entre colégataires conjoints ou disjoints, sans avoir lieu cependant de la même manière.

En effet, pour chacun de ceux à qui le même objet est légué séparément, le legs est entier. Le défaut de concurrents évite à celui qui reste seul un partage, un décroissement, *solida remaneat nullius concursu deminuta* (4), sans lui apporter aucune part nouvelle, aucun accroissement proprement dit ; *nec accrescit ut ejus..... legatum augere videatur*. En un mot, s'il prend la totalité, c'est en vertu d'une disposition qui la lui donne, sans profiter des dispositions relatives à d'autres légataires, *non alienum sed suum legatum habet* (5). Aussi n'est-il pas tenu des conditions ou charges imposées à ses colégataires ; et par la même raison, libre de prendre ou de laisser la chose léguée, il doit la prendre ou la laisser pour le tout, comme s'il avait toujours été seul (6).

(1) *Paul. d. fr.* 89. — (2) *Ulp. fragm. vatic.* § 85. — (3) *C.* 1, *de cad. toll.* — (4) *Justin. C.* 1, § 11, *eod.* — (5) *Justin. d. C.* 1, § 11, *de cad. toll.* — (6) *Julian. fr.* 30, *de cond. et dem.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 12 ; *fr.* 4, *de legat.*, 2°.

(*a*) En cela Tribonien se montre conséquent ; pour continuer de l'être, il aurait dû écarter des Pandectes toutes les décisions qui se réfèrent au legs *per damnationem*, ou du moins ne les admettre qu'en les pliant à son système par les additions et les retranchements nécessaires. C'est ce qu'on a plusieurs fois exécuté (V. *Ulp. fr.* 20, *de legat.*, 3° ; *Cels. fr.* 14, *de usu et usufr. leg.*) ; mais d'autres textes retracent encore, dans le Digeste, les anciennes conséquences du legs *per damnationem*, soit pour le cas de concours entre colégataires disjoints (*Julian. fr.* 82, § 5, *de legat.*, 1° ; *Pomp. fr.* 13, *pr. et* § 1, *de legat.* 2°), soit pour le cas de non-concours entre colégataires conjoints (*Julian. fr.* 84, § 8, *de legat.*, 1° ; *Pomp. fr.* 16, *eod.* ; *Ulp. fr.* 34, § 9, *eod.* ; *Paul. fr.* 7, *de legat.*, 2° ; *Scæv. fr.* 38, § 2, *de legat.*, 3°).

755. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, lorsque plusieurs colégataires sont appelés conjointement, chacun d'eux semble n'avoir eu dès l'origine qu'une fraction, que la portion vacante vient augmenter, à défaut de concours. Conséquemment, celle-ci accède ou accroît avec toutes les charges ou conditions imposées au défaillant, mais seulement lorsque le colégataire à qui advient l'accroissement consent à le recevoir, *volentibus solummodo in totum accedere.*

Cette distinction de Justinien semble établir un moyen terme entre le système primitif qui admettait l'accroissement sans charges (1), et le système des lois caducaires qui donnaient la part caduque avec toutes les charges (*a*).

Voyez, pour l'explication du § 12, celle du *principium* au titre suivant.

(1) *Cels. fr.* 29, § 2, *de legat.*, 2o.

(*a*) *Ulp.* 17 *reg.* 2. Voyez, sur cette matière, une dissertation de M. Holtius, professeur à Louvain (*Thémis*, t. IX, *p.* 235 *et* 534).

TITRE XXI.

DE LA RÉVOCATION DES LEGS ET DE LEUR TRANSLATION.

La révocation des legs, faite dans le même testament ou par codicilles, est valable, soit qu'on l'exprime en termes opposés à ceux du legs, par exemple, si après avoir dit : « Je donne, je » lègue, » on révoque en disant : « Je ne donne pas, je ne lègue » pas, » soit qu'on néglige les termes opposés pour s'exprimer de toute autre manière.

1. On peut aussi, soit dans le même testament, soit par codicilles, transférer un legs d'une personne à une autre, en disant, par exemple : « Je lègue à Séius » l'esclave Stichus, que j'ai légué

TITULUS XXI.

DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur legata sive codicillis, firma est; sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit DO LEGO, ita adimatur NON DO NON LEGO; sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

1. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit, HOMINEM STICHUM QUEM TITIO LEGAVI SEIO DO LEGO; sive in eodem testamento, sive in

codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari.

» à Titius. » Dans ce cas, le legs est tout à la fois retiré à Titius et donné à Séius.

EXPLICATION.

756. Les legs, à la différence de l'institution [583, 638], sont révocables au gré du testateur. Il peut même les révoquer sans nuire aux autres dispositions du testament, pourvu qu'il n'en fasse pas un autre; car un second testament infirmerait le premier dans sa totalité [635]. On examine ici comment un legs peut être détruit, le testament restant valable : aussi suppose-t-on la révocation faite, SIVE EODEM TESTAMENTO, SIVE CODICILLIS ([1]).

PR.

757. Tant qu'il y eut des formules pour léguer, il y en eut aussi pour révoquer : on révoquait donc par une formule contraire à celle du legs ([2]). Exprimée de toute autre manière, la volonté du testateur ne produisait son effet qu'indirectement, en autorisant l'exception de dol que l'héritier opposait à l'action du légataire. Cette distinction, qui n'eut jamais lieu pour les fidéicommis ([3]), a cessé de s'appliquer aux legs dès qu'ils ont été débarrassés de toutes formules : aussi Justinien déclare-t-il ici qu'ils peuvent être révoqués QUIBUSCUMQUE VERBIS.

758. La révocation peut n'être que conditionnelle; alors le legs annulé pour le cas où la condition s'accomplit subsiste pour le cas opposé; il cesse donc d'être pur et simple et devient conditionnel comme s'il avait été fait sous la condition contraire à celle de la révocation ([4]). Toutefois la règle catonienne qui n'atteint jamais les dispositions conditionnelles [727], n'en reste pas moins applicable; parce que la révocation, même conditionnelle, ne peut que diminuer les chances favorables au légataire, sans jamais les augmenter ([5]).

759. Souvent l'intention de révoquer se manifeste tacitement par différentes circonstances. Telles sont principalement les inimitiés graves qui surviennent entre le testateur et le

([1]) *Pr. et* § 1, *h. t.* V. *Ulp.* 24 *reg.* 29. — ([2]) *Ulp.* 24 *reg.* 29. — ([3]) *Ulp. fr.* 3, § 11, *de adim. et transf.* — ([4]) *Julian. fr.* 10, *eod.*; *Gaius, fr.* 107, *de cond. et dem.* — ([5]) *Florent. fr.* 14, *de adim.*

légataire. Telles sont encore certaines aliénations. Ainsi, par exemple, la liberté léguée par le testateur à ses esclaves ne peut appartenir qu'à ceux qui se sont trouvés sous sa puissance au jour de la confection du testament et au jour de la mort ([1]) : en aliénant l'esclave qu'il avait affranchi dans son testament, le maître sera donc censé révoquer un affranchissement qu'il rend impossible (*destitisse à libertatis datione videtur*) ([2]).

760. Lorsque le testateur aliène l'objet légué, le legs n'a plus pour objet que la chose d'autrui, chose dont la propriété n'est pas directement transférée au légataire, mais dont l'héritier peut toujours être débiteur. Le legs ne reste donc pas sans effet : aussi n'est-ce pas l'aliénation même qui le révoque, mais la volonté qui pourrait y être jointe. De là vient qu'on distingue (*a*), d'après les circonstances, si le testateur aliène avec intention de révoquer, c'est-à-dire sans nécessité, par exemple pour faire une donation ([3]); ou sans intention de révoquer, par exemple, lorsqu'un besoin urgent le force de vendre ([4]) ou de mettre en gage (*b*).

Du reste, la volonté du testateur est tellement indépendante du changement de propriété, qu'elle opère malgré la nullité de la donation, et malgré le rachat de la chose aliénée ([5]).

§ I.

761. Nous trouvons ici l'exemple d'un legs transféré d'une personne à une autre, lorsque le testateur lègue à Séius ce qu'il a précédemment légué à Titius : dans ce cas Séius ne concourt point avec Titius, il le remplace. Il importe donc beaucoup de savoir si le testateur a légué plusieurs fois le même objet à différents légataires, ou s'il l'a transporté de l'un à l'autre. Tout dépend de l'intention ; car les expressions usitées dans les deux

([1]) § 2, *de sing. reb.* — ([2]) § 1, *de hered. inst.* — ([3]) *Modest. fr.* 18, *de adim. legat.* — ([4]) *Ulp. fr.* 11, § 12, *de legat.*, 3°. — ([5]) *Paul. fr.* 15, *de adim. et transf.*; *Ulp. fr.* 24, § 1, *eod.*

(*a*) Conformément à l'opinion de Celsus confirmée par Sévère et Antonin (§ 12, *de legat.*) L'opinion contraire, généralement admise au temps de Gaïus (2 *inst.* 198), considérait l'aliénation comme un changement de volonté qui infirmait toujours le legs.

(*b*) *Text. hic*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 16. Le gage n'est pas précisément une aliénation, puisque le débiteur reste propriétaire ; mais il confère au créancier le droit d'aliéner (§ 1, *quib. alien.*), et sous ce rapport le gage est une sorte d'aliénation indirecte (V. *Justin. C.* 7, *de reb. alien. non alien.*).

ces sont presque entièrement semblables (a) : aussi la translation proprement dite est-elle souvent très difficile à distinguer, soit d'un nouveau legs qui, sans dépouiller le premier légataire, lui donne un colégataire disjoint, soit d'une substitution vulgaire qui appelle un nouveau légataire au défaut du premier (¹). Pareillement lorsqu'on lègue un nouvel objet à la même personne, il faut examiner, d'après la volonté du testateur, si cette seconde disposition doit se cumuler avec la première ou la remplacer (²).

762. La translation des legs a lieu de plusieurs manières : on suppose ici que le testateur transfère le même objet *ab alio ad alium*, en changeant la personne du légataire; mais il peut aussi imposer à l'un des héritiers le legs qu'il avait d'abord mis à la charge d'un autre, ou changer l'objet du legs, ou enfin léguer le même objet d'une autre manière, par exemple, en donnant purement et simplement ce qu'il avait donné à terme ou sous condition. Dans ce dernier cas de translation, le testateur ne change ni l'objet du legs ni les personnes qui en auront la charge ou le profit, mais le terme ou la condition du legs primitif reste sans effet, parce qu'autrement la translation ne servirait à rien (³). La translation qui substitue un légataire à un autre maintient, au contraire, toutes les conditions du legs primitif (b), parce que c'est le même legs transporté à une autre personne, ou, comme le dit notre texte, enlevé à Titius et donné à Séius.

Ces deux effets sont indépendants l'un de l'autre. Ainsi, par exemple, le legs primitif peut se trouver éteint avant d'être transféré; et alors, quoique la translation ne révoque rien, le legs qu'elle donne à Séius n'en est pas moins valable (⁴), et réciproquement l'incapacité ou le prédécès de Séius n'empêche pas la révocation à l'égard de Titius (⁵).

(¹) *Scævol. fr.* 30 *et* 31 ; *Ulp. fr.* 3, §§ 1, 2 *et* 3 ; *Julian. fr.* 10, *eod.* — (²) *Ulp. fr.* 9, *de adim. et transf.* — (³) *Val. fr.* 28, *eod.* — (⁴) *Ulp. fr.* 3, *de adim. et transf.* — (⁵) *Pomp. fr.* 20, *eod.*

(a) Comparez les expressions de notre texte avec celles du § 8 *de legat.*

(b) *Scæv. fr.* 13, *de aliment. legat.*; *Marcel. fr.* 36, § 1, *de cond. et dem.* : excepté lorsque les charges tiennent à la personne du légataire plutôt qu'au legs même (*Pap. fr.* 24, *de adim.*)

TITRE XXII.

DE LA LOI FALCIDIE.

Il nous reste à traiter de la loi Falcidie, la dernière qui ait limité la faculté de léguer. En effet, comme autrefois la loi des Douze Tables laissait à cet égard une entière liberté, on pouvait disposer par legs de la totalité de son patrimoine, car la loi disait : « La disposition de chacun sur sa chose fera loi. » On crut donc devoir restreindre cette faculté, et cela dans l'intérêt des testateurs mêmes : car le plus souvent ils mouraient intestat, les héritiers institués refusant d'appréhender l'hérédité pour un profit nul ou presque nul. Dans cette vue, on porta successivement la loi Furia et la loi Voconia ; mais ni l'une ni l'autre n'atteignirent le but proposé. On porta enfin la loi Falcidie, qui défend de léguer plus des trois quarts de son bien. Ainsi l'institué, s'il est seul, ou les institués, s'il y en a plusieurs, conserveront toujours un quart (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege Duodecim Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset, UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO), visum est hanc legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum (1) ; id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

(1) Celui qui négligera de faire inventaire ne jouira pas du bénéfice de la loi Falcidie.

Lorsque le testateur défend expressément que l'héritier retienne la Falcidie, sa volonté doit être observée.

Si le défunt laisse, à titre de legs, une chose immobilière, et déclare expressément qu'elle

(1) Si quis inventarium minime conscripserit..., legis Falcidiæ beneficio minime utatur. (*C.* 22, *de jur. delib.*)

Si expressim designaverit (testator) non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam. (*Nov.* 1, *cap.* 2, § 2.)

Si quando aliquis aliquam rem immobilem... nomine legati reliquerit, et specia-

1. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio : si pars Titii aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt, retinere liceret? Placuit, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, posse retinere : etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

2. Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque, si verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis heres quartam partem hereditatis habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus

1. Dans le cas où il existe deux héritiers institués, par exemple Titius et Séius, on a élevé la question suivante : Si la part de Titius se trouve ou entièrement absorbée ou trop fortement grevée par les legs dont il est nommément chargé, tandis que Séius, au contraire, n'est chargé d'aucun legs; ou est chargé de legs qui ne lui enlèvent que la moitié de sa portion, suffit-il que Séius conserve un quart de toute l'hérédité ou même davantage, pour empêcher Titius de rien retenir sur les legs dont il est chargé? On a décidé qu'il peut retenir le quart de sa portion; en effet le calcul de la loi Falcidie doit s'appliquer séparément pour chaque héritier.

2. Pour appliquer la loi Falcidie, on considère la valeur du patrimoine à l'époque de la mort. Ainsi, par exemple, lorsqu'un testateur, dont le patrimoine vaut cent, lègue cette même valeur, les légataires ne profitent pas des augmentations arrivées avant l'adition par les esclaves héréditaires, par l'accouchement des femmes ou par le croît des troupeaux; et dans le cas même où l'hérédité acquerrait une valeur telle que l'héritier, déduction faite des valeurs léguées, conserverait encore le quart des biens, les legs n'en seront pas moins réductibles d'un quart. Réciproquement, si le testateur lègue

liter dixerit nullo tempore hanc rem alienari... in hoc legato jubemus Falcidiam legem locum penitus non habere. (*Nov.* 119, *cap.* 12.)

ne devra jamais être aliénée, nous voulons que la loi Falcidie ne s'applique pas à ce legs.

soixante-quinze, et qu'avant l'adition d'hérédité, un incendie, par exemple, un naufrage ou la mort des esclaves, diminue les biens et réduise leur valeur à soixante-quinze ou même moins, les legs restent dus en totalité; et l'héritier n'en souffre aucun préjudice, puisqu'il reste libre de ne pas appréhender l'hérédité. Ainsi, pour ne pas tout perdre par l'abandon du testament, les légataires seront dans la nécessité, pour s'assurer une part, de transiger avec l'héritier.

quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur; nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quæ res efficit ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.

3. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi Falcidie, on déduit d'abord les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis; on opère ensuite sur l'excédant pour laisser un quart à l'héritier, et distribuer les trois autres quarts aux légataires, en proportion de la valeur léguée à chacun d'eux. Supposons donc qu'on a légué quatre cents, et que la masse du patrimoine sur lequel doivent se prendre les legs est aussi de quatre cents, il faut retrancher à chaque légataire un quart. Si nous supposons qu'on a légué trois cent cinquante, il faut retrancher un huitième. Lorsqu'on a légué cinq cents, il faut déduire d'abord un cinquième, puis un quart; parce qu'on doit retrancher avant tout ce qui excède la valeur des biens,

3. Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quintam,

deinde quarta detrahi debet ; ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

et ensuite la portion de biens qui doit rester à l'héritier.

EXPLICATION.

PR.

763. Justinien rappelle ici les paroles de la loi des Douze Tables (UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO), d'où résultait pour le testateur une latitude illimitée, qui a subi de nombreuses et importantes modifications. On se rappelle les restrictions mises aux affranchissements par la loi *Fusia Caninia* [96], et aux institutions d'héritiers par l'interprétation des prudents, qui ont introduit l'exhérédation [564] et la plainte d'inofficiosité [645]. Ici l'empereur expose, relativement aux legs, un autre abus que les testateurs ont fait de leur puissance, l'inconvénient qui en résultait pour eux-mêmes, la nécessité de restreindre la faculté de léguer (*ipsorum testatorum gratia*), l'insuffisance des premières lois portées dans cette vue, et le principe consacré en dernier lieu par la loi Falcidie.

J'ajouterai peu de choses sur ces lois, ou plutôt sur ces plébiscites proposés chacun par le tribun dont il porte le nom (*a*).

La première, dite loi *Furia testamentaria*, limitait la valeur de chaque disposition. Ainsi, à quelques exceptions près, nul ne devait recevoir, par legs ou par donation à cause de mort, plus de mille as. En multipliant le nombre des légataires, le testateur pouvait donc toujours épuiser l'hérédité. Pour l'en empêcher, la loi Voconia, par une disposition distincte de celle dont nous avons parlé précédemment [719], défendit de léguer à personne plus qu'il ne reste aux institués. Par là le testateur

(*a*) Voconius-Saxa fit porter la loi Voconia en 585, sous le consulat de Cæpion et de Philippe; et Falcidius la loi Falcidie, en 714, sous le consulat de Calvinus et de Pollion. La loi Furia, antérieure aux deux autres, remonte, suivant Haubold, à l'année 571 ; on ne peut donc pas la confondre avec la loi Fusia ou Furia Caninia (V. *liv.* 1, *tit.* 7), portée en 761.

se trouva forcé de réserver quelque chose à ces derniers, mais aussi peu qu'il voulait; car, pour épuiser encore presque toute l'hérédité, il suffisait de la distribuer par petites portions à de nombreux légataires.

Ce n'est donc pas chaque legs considéré isolément, mais la masse générale des legs qu'il fallait limiter, comme l'a fait la loi Falcidie. Les valeurs qu'elle permet de léguer peuvent être laissées à un seul légataire, ou distribuées entre plusieurs au gré du testateur, pourvu que les legs n'excèdent pas les trois quarts de l'hérédité. Ainsi les héritiers institués en conserveront au moins le quart ([1]).

§ I.

764. La proportion des trois quarts au plus pour les légataires, et d'un quart au moins pour les institués, reste la même, quel que soit le nombre de ceux-ci, *sive unus heres sit*, *sive plures*.

De là naît une question importante pour le cas où la charge des legs est inégalement répartie entre deux héritiers, de manière à épuiser la part de l'un, en laissant à l'autre un quart au moins de toute l'hérédité. Quoique la masse des legs n'excède pas le taux fixé par la loi Falcidie, on a décidé que cette loi doit s'appliquer à chaque héritier séparément, comme s'il était seul (*in singulis heredibus*), afin de lui conserver au moins le quart de sa portion. Autrement, en effet, la part surchargée aurait été répudiée, et se serait réunie par droit d'accroissement aux autres parts. Or, comme l'accroissement s'opérait sans charges, les legs auraient été annihilés. Il a donc fallu, dans l'intérêt des légataires, encourager tous les héritiers à faire adition, et pour réserver à chacun d'eux le quart de sa portion, on a cru devoir appliquer la loi Falcidie *in singulis heredibus*. Cette règle a survécu à l'inconvénient qu'elle prévenait : en effet, un rescrit de Sévère et Antonin ayant soumis les substitués aux charges dont l'institué était grevé ([2]), l'accroissement entre cohéritiers a été considéré comme une sorte de substitution qui transmet la portion du défaillant avec toutes ses charges ([3]).

([1]) *Text. hic; Gaius.* 2 *inst.* 227; *Ulp.* 24 *reg.* 32. V. *Paul. fr.* 1, *h. t.* — ([2]) *Ulp. fr.* 74, *de legat.*, 1°; *Diocl. et Max. C.* 4, *ad sc. trebell.* — ([3]) *Ulp. fr.* 61; *Paul. fr.* 49, § 4, *de legat.*, 2°.

765. Si l'héritier surchargé répudie, les deux portions réunies par le droit d'accroissement forment toujours, pour l'application de la loi Falcidie, deux portions distinctes. Avant le rescrit de Sévère et Antonin, plusieurs jurisconsultes adoptaient cette opinion (*a*) pour empêcher les légataires de tout perdre par un accroissement sans charges. Depuis le rescrit, la part surchargée, accroissant avec les legs dont le testateur l'a grevée, doit accroître aussi avec tous les droits qui atténuent cette charge.

Le même raisonnement ne s'applique pas à la portion d'hérédité que nous supposons intacte. Si elle reste vacante et accroît à la portion surchargée, l'héritier en profite comme il profiterait d'un legs répudié, ou d'une portion d'hérédité à laquelle il était appelé conditionnellement, et que l'événement de la condition confond avec les autres parts ([1]).

§ II.

766. Pour appliquer la loi Falcidie, il faut comparer la valeur de l'hérédité avec celle des legs. Voyons donc : 1° ce que comprend la masse héréditaire ; 2° comment se fait l'estimation ; 3° ce qu'on en déduit. L'actif héréditaire comprend les biens, et, en général, toutes les valeurs existantes au décès du testateur, et dont l'héritier profite en cette qualité, entre autres les créances du défunt jusqu'à concurrence de la solvabilité du débiteur ([2]), et lorsqu'elles sont conditionnelles, jusqu'à concurrence de leur valeur vénale ([3]) ; enfin ce dont l'institué, débiteur du défunt, se trouve libéré par la confusion de la créance avec la dette ([4]).

On écarte de cette masse les objets dont l'héritier ne tire aucun profit, comme les choses sans valeur, et celles qui ne doivent pas rester dans l'hérédité, par exemple, les esclaves affranchis sous une condition qui se réalise ([5]). On écarte aussi les objets détournés par l'héritier, non pour le récompenser de sa fraude, mais au contraire pour l'en punir en lui ôtant, sur

([1]) *Gaius, fr.* 78 ; *Paul. d. fr.* 1, § 13, *ad. leg. falcid.* — ([2]) *Paul. fr.* 63, § 1, *eod.* — ([3]) *Gaius, fr.* 73, § 1, *eod.* — ([4]) *Paul. fr.* 1, § 18 ; *Marcel. fr.* 56, § 2, *eod.* — ([5]) *Pap. fr.* 11, §§ 1, 2 *et* 4, *eod.*

(*a*) *Gaius, fr.* 78 ; *Paul. fr.* 1, § 14, *ad leg. falcid.* Remarquez qu'il faut ajouter une négation au texte de Paul (V. *Pothier*, 34 *Pand.* 2, n° 73).

ces objets, le bénéfice d'une réduction qui s'opère au profit du fisc ([1]).

Les objets compris dans la masse s'estiment à leur juste valeur, sans égard aux appréciations déclarées par le défunt, ni au prix d'affection qu'y attacherait telle ou telle personne ([2]).

767. On prend pour base de cette estimation la valeur que chaque chose avait au moment de la mort, en laissant à l'héritier la chance des augmentations ou diminutions postérieures, ainsi qu'il est suffisamment expliqué par les exemples de notre texte (*a*).

La quotité des legs qui tombent à la charge de l'héritier d'après les valeurs qui sont ainsi appréciées reste donc invariable, malgré la diminution que subiraient postérieurement les biens héréditaires ; mais en pareil cas l'intérêt des légataires est de transiger avec l'héritier, en abandonnant eux-mêmes une partie de leurs legs ([3]).

Pour comprendre cet intérêt, il faut se rappeler que l'héritier peut répudier l'hérédité, et par là (*destituto testamento*) annihiler toutes les dispositions du testament. Ainsi, lorsque le testateur instituait les héritiers qui devaient lui succéder *ab intestat*, ceux-ci pouvaient se jouer des volontés du défunt en répudiant l'hérédité testamentaire pour reprendre ensuite l'hérédité légitime ; mais le droit prétorien a prévenu cette espèce de fraude, et, malgré l'abandon du testament, il conserve l'action des légataires et fidéicommissaires contre les héritiers légitimes, lorsque ceux-ci n'ont répudié l'hérédité testamentaire que pour se soustraire aux charges qu'elle impose (*b*).

([1]) *Paul. fr.* 24 ; *Ulp. fr.* 68, § 1, *ad leg. falcid.*; *Marcel. fr.* 6, *de his quæ ut indign.* — ([2]) *Pap. fr.* 15, § 8 ; *Ulp. fr.* 42 ; *fr.* 63, § 1 ; *fr.* 66, *ad leg. falcid.* — ([3]) *Text. hic.*

(*a*) Cependant tout ce qui périt depuis la mort du testateur ne périt pas pour l'héritier seul. Un corps certain périt, en général, pour tous ceux qui pourraient y avoir un droit quelconque, en ce sens que chacun perd le droit qu'il avait : ainsi l'héritier perd son droit de rétention, et le légataire son droit de créance ou de propriété sur l'objet qui périt fortuitement, car l'héritier n'est pas tenu de lui en payer la valeur (*Mæcian. fr.* 30, §§ 2, 3, 4 *et* 5, *eod.*; V. § 3, *de empt. vend.*)

(*b*) *Ulp. fr.* 1, *si quis omiss. caus.* Justinien (*nov.* 1, *cap.* 1) a voulu que les légataires, les fidéicommissaires, et même les esclaves affranchis dans le testament, puissent, en donnant caution d'exécuter toutes les dispositions du testateur, recueillir, par préférence aux héritiers légitimes, l'hérédité abandonnée par les institués (*nov.* 1, *cap.* 1).

§ III.

768. Sur la masse, estimée comme il vient d'être dit, on déduit : 1° les dettes, par réciprocité du principe qui comprend les créances dans l'actif héréditaire ; d'ailleurs, en règle générale, les biens d'un homme ne sont que l'excédant de ce qu'il a sur ce qu'il doit : *bona intelliguntur quæ deducto ære alieno supersunt* [1].

On déduit, 2° les frais d'inhumation qui sont une dépense inévitable, faite, sinon par le défunt, au moins pour lui, mais qui toutefois doit se restreindre dans de justes bornes (*a*).

3° Enfin, le prix des esclaves que le testament affranchit. En effet, ils ne deviendront libres qu'à l'adition d'hérédité [2]. Jusque-là ils font partie des biens héréditaires, et ont été comme tels compris dans l'estimation des valeurs existantes au jour de la mort; mais il faut les en déduire, parce qu'ils ne doivent pas rester à l'héritier [3]. On déduit également le prix des esclaves que l'héritier a été chargé d'affranchir [4].

769. Ce qui reste après les déductions ci-dessus indiquées forme la masse dont la loi Falcidie réserve un quart à l'héritier ; et sur ce quart, on lui impute ce qu'il prend en qualité d'héritier. On ne lui imputera donc ni les donations qu'il aurait reçues entre-vifs [5], ni la portion de legs ou de fidéicommis qui lui serait due par ses cohéritiers ; car la portion de legs que l'héritier légataire se doit à lui-même se confond avec sa part héréditaire, et c'est réellement à titre d'héritier qu'il la recueille [6]. On n'impute pas non plus, sur le quart réservé à un héritier, les sommes que son cohéritier, un légataire, ou toute autre personne lui paie pour accomplir une condition imposée par le défunt, *implendæ conditionis causa* [7].

Remarquez, dans le texte, comment les legs qui excèdent les trois quarts subissent une réduction différente, selon qu'ils se trouvent inférieurs, égaux ou supérieurs à la masse des biens. Du reste, la réduction, quel qu'en soit le taux, a lieu, sans dis-

[1] *Paul. fr.* 39, § 1, *de verb. signif.* — [2] *Marcian. fr.* 23, § 1, *de man. test.* — [3] *Paul. fr.* 39, *ad leg. falcid.* — [4] *Paul. fr.* 36, § 2; *Val. fr.* 27, § 1, *eod.* — [5] *Paul.* 3 *sent.* 8, § 8. — [6] *Gaius, fr.* 74, *ad leg. falcid.* — [7] *Gaius. fr.* 76 ; *Marcian. fr.* 91, *ead.*

(*a*) *Paul. fr.* 1, § 19, *ad leg. falcid.*; *Marcel. fr.* 2, *eod.* Ceux qui avancent les frais funéraires ont une action pour se les faire rembourser (V. *Ulp. fr.* 14, § 6, *de relig.*).

tinction, entre tous les légataires (*a*), proportionnellement [1] et de plein droit (*b*). En effet le légataire, qui agit pour la totalité du legs sujet à réduction, tombe dans le cas de la plus pétition [2], et d'ailleurs l'héritier qui a remis la chose léguée n'en reste pas moins propriétaire de la portion que la loi lui réserve [3]. Aussi conserve-t-il l'action en revendication [4].

770. La loi Falcidie n'a jamais été appliquée aux testaments militaires [5], parce qu'ils n'admettent aucune entrave à la volonté du testateur; mais dans les autres testaments, le père de famille ne pouvait ni défendre la rétention du quart [6] ni l'empêcher en y faisant renoncer l'héritier [7]. Sans doute celui-ci reste libre d'abandonner le bénéfice que la loi lui accorde; mais il n'y renonce efficacement qu'après la mort du testateur [8].

771. Dans les Novelles de Justinien, tout change de système; la loi Falcidie cesse de s'appliquer malgré le testateur. Lorsqu'il n'en prohibe pas l'application, on présume qu'il a proportionné le montant des legs à la valeur réelle de sa fortune, et qu'il n'y aurait pas lieu de réduire si les héritiers n'avaient rien soustrait : *cum utique, si nihil malignati essent, non forte competeret* [9]. Pour détruire cette présomption, les héritiers doivent dresser un inventaire en présence des légataires et fidéicommissaires, ou eux dûment appelés : en démontrant ainsi l'erreur du défunt, les héritiers obtiennent une réduction qu'ils n'obtiendraient pas contre sa volonté; *quia*

(1) *Marcel. fr.* 80, *de legat.*, 1°. — (2) § 33, *de action.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 5, *quod legat.* — (4) *Paul. fr.* 1, § 11; *Scævol. fr.* 26, *ad leg. falcid.* — (5) *Scævol. fr.* 17; *Paul. fr.* 18, *eod.*; *Alex. C.* 7, *eod.* — (6) *Scævol. fr.* 27, *eod.* — (7) *Pap. fr.* 15, § 1, *eod.* — (8) *Ulp. et Paul. fr.* 46; *Marcell. fr.* 20, § 1, *de donat.* — (9) *Nov.* 1, *cap.* 2, § 2.

(*a*) *Gaius, fr.* 79, *ad leg. falcid.* Sauf, entre autres exceptions, le cas où le testateur ordonnerait expressément d'ajouter à tel ou tel legs ce dont il devrait être réduit. Alors la réduction porte tout entière sur les autres legs (*Ulp. fr.* 64; *Scævol. fr.* 88, § 2, *eod.*).

(*b*) *Ulp. fr.* 1, § 5, *quod legat.*; *Gaius, fr.* 73, § 5, *ad leg. falcid.*; *Justin. C.* 18, *eod.* On oppose mal à propos une décision de Scævola (*fr.* 16, *eod.*) sur un cas particulier. Plusieurs objets se trouvant compris dans le même legs, l'héritier en délivre quelques uns sans rien déduire : Scævola l'autorise à faire sur les autres, non seulement la réduction qu'ils doivent subir d'après la règle générale, mais en outre celle qui aurait dû avoir lieu sur les objets déjà remis au légataire. Cette réduction, reportée d'une chose sur une autre, n'est pas une conséquence directe de la loi : il n'est donc pas étonnant qu'on ait besoin d'une exception. Le texte de Paul (*fr.* 5, § 1, *de dol. mal. et met.*) est également spécial; car il s'agit d'une servitude, c'est-à-dire d'une chose indivisible. Dans ce cas l'exception de dol ne tend pas à opérer un retranchement impossible, mais à faire payer par le légataire le quart de ce que vaut la servitude (V. *Pap. fr.* 7, *ad leg. falcid.*).

non hæc contrarietas erit scientiæ morientis, sed ignorantiæ puritas illius (1)..

A défaut d'inventaire, la présomption conserve toute sa force; l'héritier ne déduit pas la quarte Falcidie (*non retinebit falcidiam*), et reste tenu de la totalité des legs et fidéicommis, *licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio* (2). Il semble résulter de ces expressions que l'héritier, lorsqu'il ne profite pas de la loi Falcidie pour réduire les legs aux trois quarts de l'hérédité, ne peut pas non plus les réduire à la valeur totale de cette même hérédité. Si telle est l'intention de Justinien, il fait un changement considérable; car dans les cas mêmes où la loi Falcidie n'était pas applicable, les obligations de l'héritier envers les légataires ne surpassaient jamais l'actif de l'hérédité (3). Aussi lorsque les legs excédaient cette valeur, retranchait-on d'abord cet excédant; le quart, réservé à l'héritier d'après la loi Falcidie, se prenait ensuite par une seconde déduction (*a*).

APPENDICE

AUX TROIS TITRES PRÉCÉDENTS.

772. Avant de passer aux fidéicommis, je dois parler ici de certains legs qui ont pour objet des universalités; car on peut léguer une portion de l'hérédité, qui alors se partage entre le légataire et l'héritier. De là vient au legs même le nom de *partitio*, et au légataire le nom de *legatarius partiarius* (4); et néanmoins l'héritier a le choix de partager réellement l'hérédité; ou de la conserver entière, en payant au légataire la valeur de la portion léguée (5). Il ne faut donc pas assimiler

(1) *Nov.* 1, *cap.* 5, § 1. — (2) *Nov.* 1, *cap.* 1, § 2. — (3) *Ulp. fr.* 1, § 17, *ad. sc. trebell.* — (4) *Ulp.* 24 *reg.* 25; *fr.* 22, § 5, *ad. sc. trebell.* — (5) *Pomp. fr.* 26, § *ult.* V. *Paul. fr.* 27, § 1, *de legat.*, 1°.

(*a*) § 3, *h. t.*; *Gaius*, *fr.* 73, § 5, *eod.* Ceci explique la décision du § 2, *h. t.*, pour les cas où les biens, diminués dans l'intervalle de la mort à l'adition, ne présentent plus qu'une valeur inférieure au montant des legs (*vel etiam minus*). On décide qu'il faudra payer la totalité, *integra legata*, c'est-à-dire des legs intacts et garantis de la réduction dont on s'occupe. Cette réduction est celle de la loi Falcidie. Ainsi les legs doivent être payés comme si la loi n'existait pas; on ne fera pas la seconde des deux réductions dont parle le texte, mais rien n'empêche celle qui doit ramener les legs au niveau des biens, parce qu'il est dans leur nature de ne jamais l'excéder.

le légataire partiaire aux héritiers institués pour une portion déterminée; car il ne succède pas à la personne et aux droits du testateur; il reste étranger aux créanciers comme aux débiteurs du défunt, et ne peut s'adresser qu'aux héritiers. Réciproquement, ceux-ci restent toujours seuls créanciers et seuls débiteurs de tout ce qui est dû au testateur ou par le testateur. Cependant l'équité veut que l'héritier et le légataire partiaire se tiennent respectivement compte de ce que le premier reçoit ou paie pour la part du second; mais à cet égard, l'action qu'ils ont l'un contre l'autre ne naît pas de leurs qualités respectives: elle résulte des engagements qu'ils contractent réciproquement par une double stipulation dite PARTIS ET PRO PARTE (1).

Passons aux fidéicommis.

(1) § 5, *de fideic. hered.*; *Gaius*, 2 *inst.* 254; *Ulp.* 25 *reg.* 15.

TITRE XXIII. / TITULUS XXIII.

DES HÉRÉDITÉS FIDÉICOMMISSAIRES. / DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Passons maintenant aux fidéicommis, et parlons d'abord des hérédités fidéicommissaires.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

1. Dans les premiers temps, les fidéicommis étaient tous sans force, nul n'étant tenu d'exécuter malgré lui la prière qu'on lui avait faite. En effet, lorsqu'on voulait laisser à quelqu'un l'hérédité ou un legs qu'on ne pouvait pas lui laisser, on les confiait à une personne capable de recevoir par testament; et les fidéicommis ont été ainsi appelés, parce qu'ils reposaient non sur une obligation quelconque, mais sur la foi de ceux à qui s'adressait la prière du testateur. Dans la suite, l'empereur Auguste, soit par considération pour certaines personnes,

1. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant; et ideo FIDEICOMMISSA appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel

quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem FIDEICOMMISSARIUM appellabant.

2. In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat : alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit, LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere : ROGO TE, LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POTERIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

3. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, nihilominus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.

soit parce qu'il s'agissait d'une prière faite au nom de son propre salut, soit à cause de l'insigne perfidie de certains individus, enjoignit deux fois aux consuls d'interposer leur autorité. Leur intervention, qui paraissait juste, et que secondait l'opinion publique, prit insensiblement le caractère d'une juridiction régulière; et telle est la faveur dont jouirent les fidéicommis, que bientôt on créa, pour faire droit sur cette matière, un préteur spécial qu'on appela fidéicommissaire.

2. La première règle à observer est d'instituer dans son testament un héritier direct, auquel on confie le soin de restituer l'hérédité à un tiers : autrement, à défaut d'héritier institué, le testament serait inutile. Ainsi après avoir écrit : « Lucius Titius sera » héritier, » on peut ajouter : « Je » vous prie, Lucius Titius, dès » que vous pourrez appréhender » mon hérédité, de la rendre et » restituer à Gaïus Séius. » On peut aussi charger l'héritier d'une restitution partielle, et le testateur est libre de laisser le fidéicommis purement, sous condition ou à terme.

3. Après la restitution de l'hérédité, celui qui la restitue n'en demeure pas moins héritier; celui qui la reçoit était considéré tantôt comme héritier, tantôt comme légataire.

4. Pendant le règne de Néron, sous le consulat de Trébellius Maximus et d'Annæus Sénèque, a été rendu un sénatus-consulte portant qu'après la restitution de l'hérédité fidéicommissaire, toutes les actions qui, d'après le droit civil, se donnent pour et contre l'héritier, se donneraient pour et contre le fidéicommissaire à qui l'hérédité a été restituée. Depuis ce sénatus-consulte, le préteur a donné les actions utiles pour et contre celui qui reçoit l'hérédité, comme pour et contre un héritier.

5. Mais les héritiers institués, étant le plus souvent priés de restituer toute ou presque toute l'hérédité, refusaient de faire adition pour un avantage nul ou presque nul, et ce refus anéantissait les fidéicommis : aussi, dans la suite, sous le règne de Vespasien, et pendant le consulat de Pégase et de Pusion, le sénat décida-t-il que l'héritier prié de restituer l'hérédité pourrait en retenir le quart, de même qu'il peut, en vertu de la loi Falcidie, retenir le quart des legs. La même rétention fut également permise sur les objets particuliers laissés par fidéicommis. Depuis ce sénatus-consulte, l'héritier supportait personnellement les charges de l'hérédité, et le fidéicommissaire qui recevait une partie de cette hérédité se trouvait assimilé à un légataire partiaire. On appelle ainsi celui auquel on lègue une quote part des biens, et alors le

4. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est: quo cautum est ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quæ jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta est hereditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recipit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.

5. Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur:

quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

6. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur : in heredem quidem, jure civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto; et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restitueret, emptæ et venditæ

legs se nomme partition, parce que le légataire partage l'hérédité avec l'héritier. Aussi les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire intervenaient-elles également entre l'héritier et le fidéicommissaire qui recevait l'hérédité, c'est-à-dire qu'ils s'obligeaient respectivement à partager les bénéfices et les charges de l'hérédité, en raison de leurs parts.

6. Ainsi, quand la restitution confiée à l'héritier institué n'excédait pas les trois quarts de l'hérédité, il restituait conformément au sénatus-consulte Trébellien, et les actions héréditaires se donnaient contre chacun pour sa part : savoir, contre l'héritier, d'après le droit civil, et contre le fidéicommissaire qui recevait l'hérédité, d'après le sénatus-consulte Trébellien qui l'assimile à l'héritier. Au contraire, lorsqu'on avait prié l'héritier de restituer plus des trois quarts ou même la totalité de l'hérédité, le sénatus-consulte Pégasien devenait applicable. Ainsi, après avoir fait adition d'hérédité (pourvu toutefois qu'il l'eût faite volontairement), l'héritier, soit qu'il eût retenu le quart, soit qu'il n'eût pas voulu le retenir, supportait toutes les charges héréditaires; mais en cas de rétention du quart, l'héritier faisait, avec le fidéicommissaire, les stipulations de parts et portions respectives, comme il les aurait faites avec un légataire partiaire; tandis que la

restitution totale de l'hérédité donnait lieu aux stipulations d'hérédité vendue et achetée. Si l'héritier institué refuse d'appréhender l'hérédité en alléguant qu'il en redoute les charges, le sénatus-consulte Pégasien ordonne que, sur la demande des fidéicommissaires auxquels il est prié de restituer, l'héritier, d'après l'ordre du préteur, acceptera et restituera l'hérédité, et que les actions se donneront pour et contre le fidéicommissaire qui reçoit l'hérédité, comme elles se donnent d'après le sénatus-consulte Trébellien. Dans ce cas, on n'a besoin d'aucune stipulation, parce qu'il y a tout à la fois sécurité pour celui qui restitue l'hérédité, et pour ou contre celui qui la reçoit, et translation des actions héréditaires, les deux sénatus-consultes s'appliquant alors concurremment.

hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto ut, desiderante eo cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum qui recipit hereditatem, actiones darentur, ac si juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus est opus; quia simul et huic qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

7. Les stipulations que nécessite le sénatus-consulte Pégasien avaient déplu même aux anciens; un homme d'un grand génie, Papinien, dit que dans plusieurs cas elles ne sont pas sans danger. Pour nous, la simplicité nous convient mieux dans les lois que les complications: aussi, après nous être fait représenter tous les points de similitude et de différence qui existent entre les deux sénatus-consultes, avons-nous aboli le sénatus-consulte Pégasien, le moins ancien des deux, pour attribuer au sénatus-consulte Trébellien une autorité exclusive. C'est lui qui régira la restitution des hérédités fidéicommissaires, sans distinguer si la volonté du défunt laisse à l'héritier soit plus ou moins que le quart, soit quelque chose ou rien. Con-

7. Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet: ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus sive minus, sive nihil penitus; ut tunc quando vel nihil vel minus

quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus : si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum : ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

séquemment, s'il ne reste rien ou s'il reste moins que le quart, nous l'autorisons à retenir le quart ou le complément du quart, et même à le répéter s'il l'a payé, et les actions compéteront, comme dans le cas du sénatus-consulte Trébellien, tant contre l'héritier que contre le fidéicommissaire, en raison de leurs parts. Si, au contraire, l'héritier restitue volontairement toute l'hérédité, les actions héréditaires compéteront toutes au fidéicommissaire et contre lui. Une autre disposition, la principale du sénatus-consulte Pégasien, prévoyant le cas où l'institué refuserait d'appréhender l'hérédité, l'obligeait à la restituer en totalité aux fidéicommissaires, sur leur demande, en leur transmettant toutes les actions actives et passives; cette disposition, nous l'avons aussi attribuée au sénatus-consulte Trébellien. C'est donc de ce sénatus-consulte que dérivera exclusivement l'obligation imposée à l'héritier, lorsqu'il refuse de faire adition, et que le fidéicommissaire veut se faire restituer l'hérédité, l'héritier restant alors sans charge ni bénéfice.

8. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partem partis restituere rogatus sit; nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

9. Si quis una aliqua re deducta sive præcepta, quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiat, per-

8. On ne fait aucune distinction entre l'héritier institué pour la totalité avec prière de restituer tout ou partie de l'hérédité, et l'héritier institué pour partie avec prière de restituer tout ou partie de sa portion. Nous enjoignons d'observer, dans ce dernier cas, tout ce que nous avons dit sur la restitution de l'hérédité totale.

9. Lorsque l'héritier a été prié de restituer l'hérédité, sauf déduction ou prélèvement d'un objet particulier équivalant au quart, par exemple d'un fonds ou de tout autre objet, la restitution se fait pareillement d'après le sénatus-

consulte Trébellien, comme si l'héritier avait été prié de retenir le quart de l'hérédité pour restituer le surplus; mais il y a cette différence que, dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'on restitue l'hérédité, sauf déduction ou prélèvement d'un objet particulier, les actions sont transférées, d'après le sénatus-consulte Trébellien, pour la totalité, et que la chose retenue par l'héritier lui reste sans aucune charge, comme s'il en était légataire. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'héritier prié de restituer l'hérédité, la restitue sauf rétention du quart, les actions se divisent; elles passent au fidéicommissaire pour les trois quarts, et restent à l'héritier pour un quart. Bien plus, quand même l'objet à déduire ou à prélever par l'héritier absorberait la majeure partie de l'hérédité qu'il est prié de restituer, les actions seraient encore transférées pour le tout: c'est au fidéicommissaire, auquel on restitue l'hérédité, à examiner si la restitution lui est avantageuse. Il en serait de même si l'héritier prié de restituer l'hérédité avait à déduire ou à prélever plusieurs objets, ou une somme équivalant soit au quart, soit à la majeure partie de l'hérédité. Ce qu'on dit de l'héritier institué pour la totalité s'applique aussi à l'héritier institué pour partie.

inde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere: sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re vel pecunia restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur; et res quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est, cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem, et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, et si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit; sed et si certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem

transferemus et ad eum qui ex parte heres scriptus est.

10. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam alicui restituat; cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

11. Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare ut id rursum alii, aut totum aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

12. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit; nuper et nos eumdem principem superare contendentes, ex facto quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus per quam disposuimus : Si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit qui fidem heredis elegerit et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius de calumnia juraverit,

10. Le père de famille qui meurt intestat, peut aussi prier la personne à qui ses biens seront déférés par le droit civil ou par le droit prétorien, de restituer à un tiers tout ou partie de l'hérédité, soit un objet particulier, comme un fonds, un esclave, une somme. Les legs, au contraire, ne valent que par testament.

11. Le fidéicommissaire, auquel on restitue une chose quelconque, peut être prié de restituer à un autre tout ou partie de cette chose, ou même une chose différente.

12. Dans l'origine, les fidéicommis reposaient sur la foi des héritiers. De là leur nom et leur caractère; de là aussi l'intervention de l'empereur Auguste qui les a rendus obligatoires. Enfin nous-même, cherchant à surpasser ce prince, et à l'occasion d'un fait que Tribonien, personnage éminent, questeur de notre palais impérial, a porté à notre connaissance, nous avons, par une constitution, décidé ce qui suit : Si le testateur confie à son héritier la restitution de l'hérédité ou d'un fidéicommis particulier, sans que ce fait puisse être prouvé par écrit, ou par cinq témoins (puisque tel est le nombre exigé pour les fidéicommis), soit parce qu'il n'est intervenu aucun témoin, ou parce qu'il en est intervenu moins de cinq; dans ce cas, si l'héritier chargé de la restitution, soit par son père, soit par toute autre personne, devient infidèle et refuse d'exécuter les fidéicommis en déniant les circonstances du fait allégué, le fidéicommissaire pourra lui déférer le serment après avoir lui-même juré de sa bonne foi, et alors l'héritier devra ou jurer que le testateur ne

lui a rien dit de semblable, ou, en cas de refus, payer le fidéicommis universel ou particulier, le tout pour que la dernière volonté du testateur, livrée à la foi de l'héritier, ne reste pas sans effet. La même règle sera observée à l'égard des légataires ou fidéicommissaires qui seraient pareillement chargés de quelque disposition. Si la personne qu'on prétend avoir été chargée d'un fidéicommis en convient, mais en même temps se retranche dans la subtilité du droit, elle sera toujours contrainte de payer.

necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne pereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is a quo relictum dicitur, confiteatur quidem a se aliquid relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo solvere cogendus est.

EXPLICATION.

§ I.

773. Il arrivait souvent qu'un citoyen romain voulût avantager, par acte de dernière volonté, certaines personnes qui n'avaient point la faction de testament ou qui, ayant cette faction, ne pouvaient recueillir ce qu'il leur laissait [719]. Alors le testateur prenait une voie détournée. Il choisissait un héritier ou un légataire que rien n'empêchait de recueillir (*qui capere ex testamento poterat*); mais en même temps il les priait de remettre soit à une personne incertaine, soit à un *peregrinus*, soit même à un citoyen resté célibataire ou sans postérité, tout ou partie de l'hérédité ou du legs, qui étaient confiés plutôt que donnés à l'institué ou au légataire. Tels ont été les premiers fidéicommis (¹).

On conçoit aisément qu'ils ne fussent point obligatoires, le défunt n'ayant sur l'exécution de sa volonté d'autre garantie que la fidélité et l'honneur des intermédiaires qu'il choisissait; et de là vient le nom que les fidéicommis (*fidei commissa*) ont tiré de leur nature même, plutôt que des expressions employées par le défunt pour exprimer sa volonté. On se servait habituellement de formes précatives. En s'adressant à ceux qu'on voulait charger d'un fidéicommis, on les priait, on les sollicitait, sans doute parce qu'on n'avait aucun moyen de les con-

(¹) *Text. hic, Gaius* 2 *inst.* 285.

traindre. Je ne dirai donc pas, avec Justinien, que les fidéicommis étaient sans force (*infirma*), parce que nul n'était tenu d'exécuter une prière : je dirai plutôt que les premiers fidéicommis se sont faits en termes précatifs, parce qu'ils n'étaient pas et ne pouvaient pas être obligatoires. En effet, s'il n'avait tenu qu'aux mourants d'assurer l'effet de leurs dispositions, s'il avait suffi pour cela d'un ordre positif, ils n'auraient certainement pas préféré la voie indirecte des prières. Nous reviendrons plus loin sur cette observation [801, 802].

774. C'est sous le règne d'Auguste que les fidéicommis ont commencé à devenir obligatoires, moins par la puissance du prince que par la faveur dont ils ont joui dans l'opinion publique. Auguste n'a d'abord agi qu'indirectement en ordonnant à deux reprises différentes (*semel iterumque*) que les consuls interposassent leur autorité. Cette intervention des consuls n'avait dans l'origine rien de régulier ; mais secondée par la faveur populaire (*quia justum videbatur et populare erat*), elle prit peu à peu le caractère d'une véritable juridiction (*assiduam jurisdictionem*), qui plus tard fut attribuée à un préteur spécial. C'est ainsi qu'on a pu faire ouvertement, par fidéicommis, plusieurs dispositions qui, sous la forme de legs ou d'institution, n'auraient point eu leur effet ou ne l'auraient eu que partiellement. C'est ainsi qu'on a disposé, jusqu'au sénatus-consulte Pégasien (*a*), en faveur des citoyens qui restaient célibataires ou sans enfants ; qu'on a pu, jusqu'au règne d'Adrien (¹), éluder plusieurs prohibitions du droit civil, c'est-à-dire, celles qui annulaient les dispositions faites soit à titre de peine [737], soit en faveur des personnes incertaines et des *peregrini*, et spécialement les dispositions prohibitives de la loi Voconia [719] ; mais bientôt on exigea, dans les fidéicommissaires, la même capacité que dans les légataires.

Telle était, au temps d'Ulpien (²), la règle générale (*b*).

(¹) *Gaius*, 2 *inst*. 274, 284-288. — (²) *Ulp*. 25 *reg*. 6.

(*a*) *Gaius*, 2 *inst*. 286. Ulpien (25 *reg*. 17) semble attribuer à ce même sénatus-consulte Pégasien une disposition que Modestinus (*fr*. 59, *ad leg. falcid*.) fait dériver du sénatus-consulte Plancien. Nous parlerons du sénatus-consulte Pégasien sur le § 5, *h. t*.

(*b*) Cependant les Latins Juniens ont continué à recevoir par fidéicommis ce qu'ils n'auraient pas obtenu en vertu d'un legs ou d'une institution dont la loi Junia empêchait qu'ils ne profitassent (*Ulp*. 25 *reg*. 7 ; V. *Gaius*, 1 *inst*. 25 ; 2 *inst*. 275).

775. Toutefois les legs et les institutions d'héritiers restèrent assujettis à la rigueur de leurs anciennes règles, la plupart étrangères aux fidéicommis, qui, n'étant point soumis à la stricte observation du droit civil, laissaient plus de latitude à la volonté du défunt : *nec ex rigore juris proficiscitur, sed ex voluntate... relinquentis* [1] ; *ex voluntate magis descendebant defunctorum* [2].

Ainsi, par exemple, et indépendamment des différences précédemment expliquées [734, 735], les legs devaient nécessairement être faits par un testateur et mis à la charge de l'héritier, tandis que les fidéicommis pouvaient exister même ab intestat [3], et être imposés à toute personne qui recevait quelque chose du défunt [4]. D'un autre côté, rien n'empêche de fixer un terme pour l'exécution des fidéicommis, et conséquemment pour la restitution de l'hérédité fidéicommissaire [5], quoique l'on n'admette pas l'institution d'un héritier *ad certum tempus ou ex certo tempore* [595].

776. La différence, quant aux effets, n'était pas moins importante, car le fidéicommis ne donnait jamais la propriété [6]. On s'adressait, pour en obtenir l'exécution, à un préteur particulier *qui de fideicommissis jus diceret*, et statuait directement sans donner aucune action [7]. Il importe donc de ne pas confondre les fidéicommis avec les legs, et surtout avec le legs *per damnationem* dont ils se rapprochent beaucoup, quoiqu'on les distingue aisément par la manière dont le défunt exprime sa volonté. Toute disposition faite *legis modo*, c'est-à-dire avec les expressions, avec toutes les autres conditions requises par la loi civile, forme un legs : exprimée de toute autre manière la volonté du défunt ne peut constituer qu'un fidéicommis [801, 802].

777. Telle est la véritable ligne de démarcation qui subsiste encore dans tout le Digeste, mais qui s'efface rapidement dans le Bas-Empire, lorsqu'on voit Constantin [8] admettre les équivalents pour remplacer les paroles consacrées, et Justinien [9] ramener les quatre espèces de legs à une seule. Dès lors le fidéicommis se confondant avec le legs *per damnationem*, et ce dernier ne différant plus des autres legs, on dut avoir quelque peine à distinguer un legs d'un fidéicommis. C'est ainsi

(1) *Ulp.* 25 *reg.* 1. — (2) § 3, *de legat.* — (3) § 10, *h. t.* — (4) *Pr.*, *de sing. reb.* — (5) § 2, *h. t.* — (6) *Paul.* 4 *sent.* 1, § 18. — (7) *Gaius*, 2 *inst.* 278 ; *Ulp.* 25 *reg.* 12. — (8) *C.* 21, *de legat.* — (9) *C.* 1, *commun. de legat.*

que Justinien fut conduit à établir une assimilation aussi complète que possible, en décidant que toute disposition où la volonté du défunt sera clairement manifestée vaudra soit comme legs, soit comme fidéicommis, afin de mieux exécuter l'intention du testateur, sans s'arrêter d'ailleurs au nom qu'il donne lui-même à sa disposition (*a*).

PR. et § II.

778. On donne par fidéicommis, soit des objets particuliers, soit même des universalités, par exemple, lorsqu'on charge son héritier de remettre à d'autres personnes tout ou partie de l'hérédité. Cette dernière espèce de fidéicommis est la seule dont s'occupe notre titre; les fidéicommis d'objets particuliers seront expliqués au titre suivant.

L'héritier peut être chargé de restituer au fidéicommissaire toute l'hérédité, ou seulement une quote part de l'hérédité; et comme nous l'avons déjà dit [775], cette obligation peut, au gré du père de famille, être imposée purement et simplement, sous condition, ou même à terme (1).

Il n'existe point de testament sans institution d'héritier. Ainsi, pour la validité du testament, et pour celle des fidéicommis qu'il contient, le testateur doit instituer un ou plusieurs héritiers. Du reste, l'héritier légitime peut aussi être grevé de fidéicommis par le père de famille qui décède intestat. Si notre texte exige une institution, c'est donc parce qu'il s'occupe d'abord des fidéicommis testamentaires : plus tard il parlera des fidéicommis laissés par les intestats [795].

§ III.

779. Avant d'examiner les effets de la restitution, voyons ce qu'on entend par restituer l'hérédité, et d'abord quels sont les objets auxquels s'étend l'obligation de restituer.

Ce sont tous les objets que l'héritier recueille en cette qualité, entre autres choses, tout ce qui lui a été payé par les débiteurs

(1) § 2, *h. t.* V. § 9, *de pupill. subst.*

(*a*) Cette décision de Justinien (*C.* 2, *commun. de legat.*; § 3, *de legat.*) est intervenue à l'occasion d'un mot grec, dont les uns voulaient induire un legs, et les autres un fidéicommis. Dans l'ancien droit, les legs, à la différence des fidéicommis, ne pouvaient pas être faits en grec. (*Gaius*, *inst.* 281; *Ulp.* 25 *reg.* 9).

du défunt [1], et tout ce dont il était lui-même débiteur [2], sauf à déduire ce dont il était créancier [3].

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, chacun d'eux peut recueillir, à titre de legs ou de fidéicommis, des avantages absolument indépendants de sa qualité d'héritier, et qui, par conséquent, ne sont point compris dans la restitution de l'hérédité [4].

Les profits que l'héritier tire des objets héréditaires ne font point non plus partie de l'hérédité : aussi n'est-il obligé de rendre ni les fruits [5], ni les acquisitions faites par les esclaves héréditaires [6], pourvu cependant que ces fruits aient été perçus et ces acquisitions faites après l'adition d'hérédité et avant l'époque fixée pour la restitution, sauf dans tous les cas la volonté contraire du défunt [7]. Toutefois, comme l'héritier n'est point tenu des cas fortuits, et ne remplace point les objets qui ont péri par accident [8], réciproquement aussi les profits dont nous venons de parler sont d'abord employés à compléter la valeur que l'hérédité ou la portion d'hérédité sujette à restitution avait à l'époque du décès ; ainsi l'héritier ne retient réellement que le surplus [9].

780. Restituer une hérédité, ce n'est pas livrer et remettre les objets qui la composent, mais se dessaisir du droit qu'on y a comme héritier. En ce sens, la restitution s'opère par l'intention mutuelle des parties, dont le consentement suffit pour que le fidéicommissaire ait les objets héréditaires *in bonis*, lors même qu'ils ne sont pas encore en sa possession [10].

Après et malgré la restitution, l'héritier reste toujours héritier ; le fidéicommissaire, sans être jamais héritier proprement dit, est assimilé tantôt à l'héritier, tantôt à un légataire, c'est-à-dire à un légataire partiaire [784].

§ IV.

781. Dans l'origine, l'héritier restituait l'hérédité en la vendant au fidéicommissaire pour un prix fictif, et alors celui-ci n'était considéré ni comme héritier ni comme légataire ; il était purement et simplement acheteur de l'hérédité. Quiconque

(1) *Pomp. fr.* 47. V. *Pap. fr.* 58, *ad sc. trebell.* — (2) *Scævol. fr.* 95, *ad leg. falcid.* — (3) *Julian. fr.* 104, § 7, *de legat.* 1°. — (4) *Gaius. fr.* 96, *de legat.* 3°. — (5) *Ulp. fr.* 18, *pr. et* § 2, *ad sc. trebell.* — (6) *Julian. fr.* 27, § 1, *eod.* — (7) *Scævol. fr.* 78, §§ 12 *et* 13, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 22, § 3, *ad sc. trebell.* — (9) *Marcian. fr.* 32, *eod.*; *Julian. fr.* 27, § 16, *eod.* — (10) *Gaius. fr.* 63, *ad sc. trebell.*; *Ulp. fr.* 37, *eod.*

devient héritier, le devient pour toujours [1] : aussi l'héritier vendeur ne se dépouillait-il ni du titre d'héritier ni des droits ou obligations qui en sont la conséquence ; par suite, il restait seul maître des actions héréditaires contre les débiteurs du défunt, sauf le compte qu'il devait rendre à l'acheteur, et seul exposé aux actions des créanciers, sauf son recours contre ce même acheteur. Pour assurer ce recours, les parties s'engageaient respectivement par des stipulations dites *emptæ et venditæ hereditatis* (a) ; mais comme le recours de l'héritier pouvait devenir illusoire par l'insolvabilité du fidéicommissaire, il arrivait souvent que les héritiers chargés de restituer l'hérédité ne faisaient point adition, en sorte que leur refus annulait les fidéicommis. Pour remédier à cet inconvénient, le Sc. Trébellien (b), sans ôter au restituant la qualité d'héritier, transféra tous les effets de cette qualité sur la personne du fidéicommissaire. En conséquence, toutes les actions héréditaires, qui, d'après le droit civil (*jure civili*), c'est-à-dire d'après les anciens principes, ne pouvaient être intentées que par l'héritier ou contre lui, durent après la restitution de l'hérédité au fidéicommissaire, être intentées par lui ou contre lui, *quasi heredi et in heredem.*

782. C'est ainsi que, depuis le Sc. Trébellien, le fidéicommissaire fut assimilé à l'héritier dont il prenait la place. Aussi les actions héréditaires données en vertu de ce sénatus-consulte, reposant, à l'égard du fidéicommissaire, sur une qualité fictive, se distinguent-elles sous le titre d'actions utiles (*utiles actiones dare cœpit*), des actions directes qui ne pouvaient compéter qu'aux héritiers ou contre les héritiers proprement dits, sauf l'exception *restitutæ hereditatis*, qui, après la restitution, rendaient inefficaces toutes les actions intentées par eux ou

[1] *Ulp. fr.* 7, § 10, *de minor.*; *Gaius, fr.* 88, § 1, *de hered. inst.*

(a) *Gaius*, 2 *inst.* 252. L'acheteur de l'hérédité est tenu des charges envers les héritiers, et non envers les créanciers (*Anton. C.* 2, *de her. vel act. vend.*). Cependant Antonin le Pieux lui a permis d'agir par actions utiles contre les débiteurs (*Alex. C.* 5 *eod.*); et réciproquement ceux-ci peuvent repousser, par voie d'exception, les actions directes que l'héritier exercerait contre eux (*Ulp. fr.* 16, *de pact.*) Cette précaution a paru nécessaire pour garantir l'acheteur des risques qu'il aurait pu courir par l'insolvabilité ou la mauvaise foi du vendeur.

(b) Porté pendant le règne de Néron, et, ce qui est à remarquer, sous le consulat de Sénèque (*text. hic*), l'an de Rome 815, de l'ère chrétienne, 62.

contre eux (1). Au moyen de cette exception, l'héritier restituant ne courait plus aucun risque, *quia huic qui restituit securitas datur*.

§ V.

783. Le Sc. Trébellien, en mettant le fidéicommissaire au lieu et place des héritiers, garantit ces derniers de tous risques, sans leur procurer aucun bénéfice ; en un mot, l'héritier se trouve, par rapport aux fidéicommissaires, dans la position où il se trouvait avant la loi Falcidie, par rapport aux légataires. On a donc cru devoir étendre aux fidéicommis le principe de la loi Falcidie ; c'est ainsi qu'une rétention du quart en faveur de l'héritier a été accordée par le sénatus-consulte Pégasien (*a*) sur tous les fidéicommis, soit d'universalité, soit d'objets particuliers (*b*), comme elle l'était précédemment sur les legs, *perinde... atque ex lege Falcidia*, etc.

784. Pour appliquer la loi Falcidie au fidéicommissaire, il a fallu considérer ce dernier comme un légataire partiaire. Or, en cette qualité, il demeure étranger aux débiteurs comme aux créanciers du défunt. Il n'est donc plus *heredis loco* ; aussi les charges héréditaires et l'exercice des actions reposent-elles toutes sur la tête de l'héritier. En effet, l'héritier et le fidéicommissaire se trouvent replacés de nouveau, par le Sc. Pégasien, dans la position où ils se trouvaient avant le Sc. Trébellien ; ils se devront compte des charges et des bénéfices héréditaires, en raison de leurs parts respectives, il faudra donc qu'ils s'engagent à cet effet par les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire [772], c'est-à-dire par les stipulations *partis et pro parte* (2).

(1) *Julian. fr.* 27, § 7, *ad. sc. trebell.* — (2) *Text. hic* ; *Gaius*, 2 *inst.* 254. V. *Ulp.* 25 *reg.* 15.

(*a*) Porté l'an de Rome 826, de l'ère chrétienne 73, sous le règne de Vespasien et pendant le consulat de Pégasus et de Pusio.

(*b*) *Ex singulis quoque rebus*, etc. (*text. hic* ; *Gaius*, 2 *inst*. 254). Vinnius (*hic*, *n°* 4 ; *ad. pr.*, *de leg. falcid.*, *n°* 8) soutient que le Sc. Pégasien n'a établi la réduction du quart que sur les fidéicommis d'universalité, qu'auparavant elle avait déjà lieu sur les fidéicommis d'objets particuliers, par suite de l'extension que l'interprétation des prudents avait, dit-il, donnée à la loi Falcidie. Cette loi ne se bornait pas sans doute aux legs d'objets particuliers ; elle embrassait aussi les legs partiaires. Si les prudents l'avaient étendue aux fidéicommis, ils auraient appliqué à tous les fidéicommis ce qu'elle décidait pour tous les legs. Je crois donc devoir conserver au texte son acception littérale. Voyez Théophile et les notes de Cujas.

§ VI.

785. Toutefois le Sc. Pégasien, quoique postérieur au Sc. Trébellien, le modifie sans l'abroger : l'un et l'autre s'appliqueront désormais à des circonstances différentes.

La distinction, à cet égard, dépend de l'importance des fidéicommis comparée à celle de l'hérédité. S'ils n'excèdent pas les trois quarts, ou, ce qui revient au même, si les dispositions du défunt laissent à l'héritier le quart de l'hérédité, il n'y a pas lieu de recourir au Sc. Pégasien pour réduire le fidéicommis, et alors la restitution se fait en vertu du Sc. Trébellien. Au contraire, lorsque les fidéicommis excèdent les trois quarts de l'hérédité, le Sc. Pégasien devient applicable, et règle seul les effets de la restitution, lors même que l'héritier ne veut pas profiter de la réduction à laquelle il a droit (1).

786. Il peut donc arriver que l'héritier, pour se conformer à la volonté du testateur, restitue toute l'hérédité sans rien retenir, et que néanmoins les actions actives ou passives restent attachées à sa personne. Dans ce cas, l'héritier doit tenir compte de toutes les recettes qu'il fait comme héritier, et réciproquement les fidéicommissaires doivent l'indemniser de toutes les charges qu'il supporte en la même qualité. A cette fin, l'héritier et le fidéicommissaire s'obligent encore par des stipulations réciproques, non plus en raison de leur portion respective, mais pour la totalité de l'hérédité restituée sans déduction ; et alors, au lieu des stipulations *partis et pro parte*, on emploie les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, c'est-à-dire les stipulations usitées avant le Sc. Trébellien [781], et dont on a repris l'usage pour le cas où la restitution totale de l'hérédité est réglée par le Sc. Pégasien.

787. Je dis lorsqu'elle est réglée par le Sc. Pégasien ; car bien qu'il s'applique, en règle générale, toutes les fois que les fidéicommis excèdent les trois quarts de l'hérédité, il se réfère lui-même au Sc. Trébellien dans un cas spécial ; et alors le fidéicommissaire prenant la place de l'héritier, toute stipulation devient inutile (2).

En effet, lorsque l'institué refuse d'accepter une hérédité qu'il juge onéreuse (*quasi damnosam*), le Sc. Pégasien autorise

(1) *Text. hic; Ulp.* 25 *reg.* 14; *Gaius,* 2 *inst.* 255, 256. — (2) *Gaius,* 2 *inst.* 258.

les fidéicommissaires à exiger que l'institué accepte l'hérédité *jussu prætoris*, et seulement pour la restituer. Dans ce cas, les conséquences de la restitution sont réglées par le Sc. Trébellien ; car alors les deux sénatus-consultes se confondent [1]. La seule innovation qu'apporte le Sc. Pégasien consiste dans l'adition forcée que l'institué doit faire dans l'intérêt, pour le compte et aux risques des fidéicommissaires, dont sa répudiation anéantirait tous les droits [2].

Conséquemment l'héritier qui accepte ainsi *jussu prætoris* (a), il ne tire aucun avantage de son adition ; il perd les legs et fidéicommis que le défunt a faits en sa faveur [3], et à plus forte raison le droit de rien retenir sur l'hérédité qu'il restitue [4]. Aussi, en parlant de la quarte que l'héritier peut déduire, notre texte restreint-il cette faculté au cas d'acceptation volontaire (*si modo sua voluntate adierit*).

§ IX.

788. Le Sc. Trébellien reste applicable, comme nous l'avons vu, toutes les fois que l'héritier trouve dans les dispositions même du défunt une valeur égale au quart de l'hérédité, et à cet égard on ne distingue pas si le défunt lui réserve une quote-quart de l'hérédité même, ou des objets déterminés, par exemple, un fonds ou une somme équivalant au quart de l'hérédité (*quæ quartam continet* [5]).

Dans l'un comme dans l'autre cas, le fidéicommissaire est donc *loco heredis*, et les actions héréditaires passent sur sa tête, sauf cette importante différence que, dans un cas, elles lui sont transférées pour la totalité (*in solidum*), tandis que dans l'autre elles se divisent entre lui et l'héritier (*scinduntur actiones*). En effet, les actions transférées par le Sc. Trébellien le sont toujours en raison des portions d'hérédité que l'héritier restitue,

(1) *Text. hic ; Gaius*, 2 *inst.* 258; *Paul.* 4 *inst.* 4, § 4; *Ulp.* 25, *reg.* 16. — (2) *Ulp. fr.* 4, *ad. sc. trebell.* — (3) *Julian. fr.* 27, § 14 ; *Pap. fr.* 55, § 3, *eod.* — (4) *Hermog. fr.* 14, § 4. *eod.* — (5) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, § 16, *ad. sc. trebell.*

(a) L'héritier qui veut exécuter la volonté du défunt sans rien déduire, ne pourrait-il pas restituer, en vertu du Sc. Trébellien, l'hérédité qu'il aurait acceptée spontanément sans attendre la réquisition du fidéicommissaire et l'ordre du préteur? Modestinus (*fr.* 45, *ad sc. trebell.*), jurisconsulte du troisième siècle, incline vers l'affirmative, mais en hésitant. Il finit même par conseiller aux héritiers de ne pas s'exposer aux dangers d'une adition ordinaire, et de suivre, pour plus de sûreté, la marche tracée par le Sc. Pégasien.

et pour le tout lorsqu'il la restitue en totalité. Or l'hérédité peut être entière, sans comprendre tous les biens du défunt, par exemple, les biens légués. Pour savoir si l'hérédité est restituée en totalité, on n'examine donc pas les objets que l'héritier retient, mais le titre auquel il les retient ([1]). Ce qu'il retient en qualité d'héritier, comme faisant partie de l'hérédité, ne laisse à restituer qu'une fraction de cette même hérédité, et alors les actions héréditaires se divisent entre lui et le fidéicommissaire comme entre deux cohéritiers. C'est ce qui arrive lorsque l'institué conserve une quote-quart (*quarta parte retenta*); mais lorsqu'il retient un ou plusieurs objets déterminés, il les garde comme il garderait un legs (*quasi ex legato ei adquisita*), qui n'impose aucune charge (*sine ullo onere hereditario*), et qui, se trouvant hors de l'hérédité, n'empêche pas celle-ci de passer en totalité au fidéicommissaire, avec toutes les actions actives et passives.

789. Ceci est vrai, quelle que soit la valeur des objets retenus par l'institué, et lors même qu'elle excéderait de beaucoup ce qui reste dans l'hérédité; c'est donc au fidéicommissaire à voir s'il doit accepter la restitution. Si, au contraire, les objets réservés à l'héritier n'équivalent pas au quart de l'hérédité, il peut obtenir un supplément en vertu de la loi Falcidie appliquée aux fidéicommis par le Sc. Pégasien (*suppleta quarta ex lege Falcidia*) ([2]); mais alors évidemment c'est par ce dernier sénatus-consulte que doit être réglée la restitution.

790. En résumant les explications précédentes, on aperçoit les différentes qualités qu'attribuait au fidéicommissaire la restitution de l'hérédité. Jusqu'au règne de Néron, cette restitution se fit par une vente fictive : l'héritier et le fidéicommissaire considérés l'un comme vendeur, l'autre comme acheteur de l'hérédité, se donnaient une garantie respective par les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* [781]. Depuis Néron jusqu'à Vespasien, le Sc. Trébellien règle seul les effets de la restitution, en transmettant les actions actives et passives au fidéicommissaire qui se trouve *loco heredis*, et alors on n'a besoin d'aucune stipulation [781, 787]. Sous le règne de Vespasien, un nouveau sénatus-consulte restreint l'application du précédent : le fidéicommissaire continue d'être assimilé à l'héritier, conformément au Sc. Trébellien, dans deux cas : 1° lors-

([1]) *Marcian. fr.* 30; § 3, *eod.* — ([2]) § 3, *quib. mod. test. infirm.*

que les fidéicommis n'excèdent pas les trois quarts de l'hérédité [785]; 2° lorsque l'institué, ne voulant point appréhender l'hérédité pour lui-même, l'accepte *jussu prætoris* aux risques et périls du fidéicommissaire [787]. Au contraire, la restitution est réglée par le Sc. Pégasien lorsque l'hérédité, dont les fidéicommis absorbent plus des trois quarts, est volontairement acceptée par l'institué : alors le fidéicommissaire n'est plus *loco heredis;* mais suivant que la restitution Pégasienne est totale ou partielle, il est considéré ou comme acheteur de l'hérédité, ou comme légataire partiaire, ce qui oblige de recourir aux stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, ou *partis et pro parte* [785, 786].

§ VII.

791. Le Sc. Trébellien avait rendu ces stipulations inutiles; l'usage en avait été rétabli par suite du Sc. Pégasien dans le cas où la restitution de l'hérédité ne transférait pas les actions héréditaires [785], et sous ce rapport, Justinien dit avec raison que ces stipulations dérivaient du Sc. Pégasien. Il en résultait une complication dont l'inconvénient avait été senti par les anciens. Papinien les avait déclarées dangereuses (*certis casibus captiosas*), en ce sens qu'elles ne suffisaient pas toujours pour assurer l'efficacité du recours qu'elles établissaient entre l'héritier et le fidéicommissaire. En effet, chaque comptable avait à craindre l'insolvabilité de l'autre; il fallait donc mille précautions pour obtenir, lors de la restitution, les sûretés qu'on ne pouvait plus exiger après coup (*a*).

Pour éviter ces inconvénients, pour attribuer à la restitution un effet plus général, plus sûr et plus simple, Justinien réunit les deux Sc. Trébellien et Pégasien en un seul. Celui-ci est abrogé, en ce sens que la restitution sera toujours réglée par le Sc. Trébellien, et les actions transférées au fidéicommissaire, soit que l'héritier accepte forcément ou volontairement, et soit qu'il profite ou ne profite pas de la réduction autorisée par le Sc. Pégasien. Du reste, ce dernier subsiste tout entier dans les dispositions dont Justinien compose, pour ainsi dire, un nouveau Sc. Trébellien.

(*a*) *Anton. C.* 2, *de her. vel act. vend.* Voyez cependant *Pomp. fr.* 21, *ad. sc. trebell.*

792. Antérieurement, l'héritier qui restituait d'après le Sc. Trébellien n'avait jamais rien à retenir. Celui qui restituait d'après le Sc. Pégasien ne pouvait pas ignorer que les fidéicommis excédassent les trois quarts de l'hérédité; par conséquent, lorsqu'il restituait sans rien retenir, il agissait toujours sciemment : aussi ne lui accordait-on aucune répétition (1), si ce n'est pour erreur de calcul (2). Sous Justinien, au contraire, la restitution se fait toujours de la même manière : l'héritier peut donc ignorer que les fidéicommis excèdent les trois quarts de l'hérédité, et l'empereur lui permet de retenir ou même de répéter (*retinere vel repetere solutum*) la quarte dont le Sc. Pégasien n'autorisait pas la répétition, et dont le Sc. Trébellien n'admettait pas même la rétention (3).

793. Le quart que l'héritier déduit d'après une disposition du Sc. Pégasien, combinée depuis avec celle du Sc. Trébellien, se nomme ordinairement quarte Trébellienne ou Pégasienne; mais les anciens jurisconsultes l'ont toujours considérée comme une conséquence de la loi Falcidie (4), sans lui chercher dans les sénatus-consultes postérieurs un nom ou un caractère particulier. Il est donc naturel de considérer comme décidé sur ces derniers tout ce que les jurisconsultes ont décidé sur la loi Falcidie. Ainsi nous appliquerons ici tout ce qu'on a dit précédemment du testament militaire [770], et des imputations à faire sur la quarte. En effet, l'héritier doit imputer tout ce dont il profite *jure hereditario* (5), ce qui comprend les fruits perçus jusqu'à la restitution de l'hérédité fidéicommissaire. On impute ces fruits sur la quarte, lorsque le fidéicommis est fait à terme, parce que le bénéfice du terme résulte alors pour l'héritier des dispositions du testateur, et non de la négligence du fidéicommissaire (6).

§ VIII.

794. Ce qu'on a dit pour l'héritier qui est seul institué, s'applique à chacun de ceux qui recueillent une portion quelconque de l'hérédité, conformément au principe antérieurement développé [764, 765].

(1) *Paul.* 4 *sent.* 3, § 4. — (2) *Ulp. fr.* 5, § 15, *de donat. inter vir. et ux.* — (3) *Paul.* 4 *sent.* 3, § 4, *et ibi. Cujac.* — (4) § 3, *quib. mod. testam. infirm.*; *Paul.* 4 *sent.* 3; § 3; *Ulp.* 23 *reg.* 14. — (5) *Marcian. fr.* 91, *ad leg. falcid.* — (6) *Ulp. fr.* 22, § 2, *ad sc. trebell.*

§ X.

795. Mourir intestat ou sans testament, ce n'est pas toujours mourir sans manifester une volonté. Chacun peut sans tester, et par conséquent sans ôter l'hérédité aux héritiers légitimes (*intestatus moriturus*), charger ces derniers de restituer, à titre de fidéicommis, soit des objets particuliers, soit tout ou partie de l'hérédité [1], sauf la quarte que l'héritier légitime pourra déduire comme l'héritier testamentaire. En effet cette déduction accordée par le Sc. Pégasien aux héritiers institués a été étendue par Antonin le Pieux aux héritiers légitimes [2], et avec raison; car si l'on craignait de rester sans héritier testamentaire, on devait craindre plus fortement de n'avoir aucun héritier. A la vérité les héritiers légitimes semblent tout recevoir de la loi et rien du défunt; celui-ci semblerait donc ne pouvoir les grever d'aucune charge; mais il faut remarquer qu'en laissant l'hérédité aux héritiers désignés par la loi, le défunt les préfère à toute autre personne qu'il pourrait instituer; c'est sa volonté réelle, quoique tacite, qui les rend héritiers [3]. Il peut donc les charger de restituer l'hérédité qu'il leur a laissée, pourvu toutefois qu'il l'ait laissée volontairement; car les intestats ne disposent valablement par fidéicommis qu'autant qu'il auraient été capables de tester [4].

§§ XI et XII.

796. Les legs, à la différence des fidéicommis, n'existent jamais sans testament (*nisi ex testamento non valeant*), lors même qu'ils sont faits par codicilles [805]; et nul ne peut être grevé d'un legs que l'héritier testamentaire [688]; mais on peut grever de fidéicommis tous ceux à qui l'on fait un avantage quelconque, comme un héritier, un légataire et même un fidéicommissaire [5].

Nous aurons l'exemple d'un fidéicommis imposé à un fidéicommissaire, si l'on suppose, avec notre texte, que celui à qui l'hérédité est restituée est lui-même chargé d'une semblable restitution envers une autre personne. L'hérédité peut ainsi

(1) *Text. hic; § 2, de codicil.* — (2) *Paul. fr. 18, ad leg. falcid.; Ulp. fr. 6, § 1, ad sc. trebell.* — (3) *Paul. fr. 8, § 1, de jur. codicil.* — (4) *Ulp. 25 reg. 4.; Julian. fr. 3, de jur. codicil.* — (5) *Pr. et § 1, de sing. reb. per fideic.*

se transmettre par plusieurs restitutions successives, mais sans nouvelle réduction du quart. Cette réduction, n'ayant pour but que d'assurer un héritier au défunt, ne peut être faite que par une seule personne, par celle à qui était déféré le titre d'héritier, et qui, en l'acceptant, le prend une fois pour toutes. Ainsi l'héritier seul peut retenir la quarte, et lors même qu'il ne la retient point, par exemple, lorsqu'il restitue l'hérédité acceptée *jussu prætoris* aux risques et périls du fidéicommissaire, ce dernier, en la restituant lui-même à un autre, n'a rien à retenir de son chef (1); mais dans ce dernier cas, il retient sur les legs qu'il acquitte au nom et du chef de l'héritier, la quarte Falcidie que celui-ci aurait pu retenir s'il avait accepté spontanément (2). Il en est autrement des fidéicommis dont le fidéicommissaire est chargé *proprio nomine* (3).

Nous expliquerons le § 12 avec le § 3 du titre suivant [802].

(1) *Pap. fr. 55, § 2; Afric. fr. 28, ad. sc. trebell.* — (2) *Gaius, fr. 63, § 11, eod.* — (3) *Pap. d. fr. 55, § 2, eod.*

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis aut legatarii aut fideicommissarii aut cujuslibet alterius. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut

TITRE XXIV.

DES OBJETS PARTICULIERS LAISSÉS PAR FIDÉICOMMIS.

On peut aussi laisser par fidéicommis des objets particuliers, par exemple, un fonds, un esclave, un vêtement, des matières d'or et d'argent, ou des espèces monnayées. On peut aussi en confier la restitution soit à l'héritier même, soit à un légataire, quoiqu'un légataire ne puisse pas être chargé d'un legs.

1. Le testateur peut laisser par fidéicommis, non seulement sa propre chose, mais encore la chose d'un héritier, d'un légataire, d'un fidéicommissaire, ou de toute autre personne. Aussi peut-on prier les légataires ou les fidéicommissaires de restituer à un

tiers non seulement ce qu'on leur a laissé, mais même une chose différente appartenant soit à eux, soit à tout autre. La seule règle à observer, c'est que nul ne doit être prié de restituer plus qu'il ne reçoit lui-même en vertu du testament; car la disposition serait nulle pour le surplus. Lorsqu'on laisse par fidéicommis la chose d'autrui, le grevé est obligé ou d'acheter la chose pour la délivrer, ou d'en payer l'estimation.

2. On peut aussi, par fidéicommis, donner la liberté à un esclave, en priant l'héritier, un légataire ou un fidéicommissaire, de l'affranchir; et peu importe que l'esclave dont il s'agit appartienne soit au testateur, soit à l'héritier ou au légataire même, soit à un étranger. L'esclave d'autrui devra donc être acheté et affranchi. Si son maître refuse de le vendre (pourvu toutefois qu'il n'ait rien reçu du défunt), la liberté laissée par fidéicommis n'est pas définitivement perdue, mais seulement retardée, parce que l'occasion d'acheter l'esclave et de l'affranchir pourra se présenter plus tard. L'esclave affranchi par suite d'un fidéicommis, fût-il esclave du testateur, a pour patron, non pas le testateur, mais celui qui affranchit. Au contraire, l'esclave directement affranchi par testament, a pour patron le testateur même, et dans ce cas l'affranchi s'appelle *Orcinus*. Nul ne peut être directement affranchi

eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere.

2. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius vel fideicommissarius; nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem recepit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur; quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit; at is qui directo testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam ORCINUS appellatur.

Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

par testament, s'il n'a été esclave du testateur aux deux époques de la confection du testament et de la mort. On affranchit directement lorsque, sans prier un autre d'affranchir l'esclave, on veut au contraire que la liberté résulte pour lui du testament même.

3. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur : PETO, ROGO, VOLO, MANDO, FIDEI TUÆ COMMITTO. Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

3. Les expressions les plus usitées pour les fidéicommis sont : « Je demande, je prie, je veux, je « charge, je remets à votre foi » ; et chacune d'elles vaut séparément autant que toutes ensemble.

EXPLICATION.

PR. et § I.

797. Celui qui par fidéicommis peut disposer d'une hérédité, peut à plus forte raison disposer d'objets particuliers, et des mêmes objets qu'il pourrait léguer *per damnationem* (1); il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit précédemment sur le legs de la chose d'autrui [698, etc.]. Observons seulement qu'après avoir reçu un objet quelconque, on peut être chargé par fidéicommis de remettre une chose différente (2); pourvu qu'on ne soit pas chargé de remettre plus qu'on n'a reçu, car le fidéicommis serait inutile pour l'excédant (*quod amplius est inutiliter relinquitur*). Néanmoins, si je reçois une chose à la charge de restituer une autre chose qui m'appartient, par exemple ma maison, je dois remettre cette dernière, quelle qu'en soit la valeur (3). Pour m'en dispenser, il faudrait n'avoir rien accepté : en recevant ce que le défunt me donne, j'acquiesce

(1) § 1, *h. t.; Ulp.* 25 *reg.* 5. — (2) § 1, *h. t.;* § 11, *de fideicomm. hered.* — (3) *Pap. fr.* 70, § 1, *de legat.*, 2°.

aux charges qu'il impose, et je suis censé ne pas évaluer ma propre chose plus que celle par moi reçue (1).

§ II.

798. On affranchit les esclaves en leur léguant directement la liberté ; souvent, au contraire, le testateur charge une autre personne de les affranchir. Dans le premier cas, la liberté résulte du testament même (*velut ex suo testamento*) ; l'esclave devient libre directement et sans autre affranchissement ; il a pour patron le testateur (*ipsius testatoris libertus fit*), c'est-à-dire un homme décédé, et de là vient qu'on l'appelle LIBERTUS ORCINUS (2). Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le testateur qui n'affranchit pas lui-même ordonne seulement d'affranchir certains esclaves, ceux-ci ne deviendront libres que par une manumission subséquente, et alors ils auront pour patron, non pas le défunt, mais la personne qui les affranchira (3). En effet, la liberté que le défunt donne de cette manière, n'est acquise à l'esclave qu'indirectement, par le fait d'une autre personne. C'est en ce sens que la liberté peut faire l'objet d'un fidéicommis (4).

799. Affranchir un esclave, c'est en disposer. Aussi la liberté directe n'est-elle valablement léguée qu'aux esclaves dont le testateur a été propriétaire aux deux époques de la confection du testament et de la mort (5) ; mais rien n'empêche de laisser la liberté fidéicommissaire à l'esclave d'autrui. Dans ce dernier cas, ceux qui doivent exécuter le fidéicommis sont obligés d'acquérir l'esclave pour l'affranchir ensuite (6). Qu'arrivera-t-il donc si le maître de l'esclave refuse de s'en dessaisir, même à juste prix? Les jurisconsultes déclaraient le fidéicommis définitivement éteint par cela seul que le maître avait refusé de céder son esclave (7) ; mais Alexandre Sévère a décidé que ce refus doit seulement différer l'exécution du fidéicommis jusqu'au moment où l'occasion se présentera d'acheter l'esclave (8).

800. Lorsque nous supposons que le maître résiste, c'est dans l'hypothèse où il n'a rien reçu du défunt ; car autrement, on ne peut pas s'opposer à l'exécution d'une volonté dont on a

(1) *Ulp. fr. 45, pr. et § 1, de fideic. libert.* — (2) *Text. hic ; Ulp. 2 reg. 7 et 8 ; fr. 3, § 3, de legit. tut.* — (3) *Text. hic ; Ulp. 2 reg. 8.* — (4) *Text. hic ; Ulp. 25 reg. 18.* — (5) *Text. hic ; Ulp. 1 reg. 23 ; fr. 35, de manum. testam.* — (6) *Text. hic ; Gaius, 2 inst. 264, 265.* — (7) *Gaius, 2 inst. 262, 265 ; Ulp. 2 reg. 11.* — (8) *Text. hic ; Alex. C. 6, de fideic. libert.*

soi-même profité [659]. Pour conserver son indépendance, il faudrait donc que le maître de l'esclave n'eût rien accepté du défunt, *si modo nihil ex judicio ejus... recepit* (1).

§ III.

801. Justinien indique ici, par forme d'exemple, les expressions les plus usitées en matière de fidéicommis. Une de ces expressions, *volo*, indique une volonté absolue, tandis que les autres, *peto*, *rogo*, *mando*, *fidei tuæ committo*, expriment simplement un désir ou une prière. La même différence se retrouve dans Ulpien (2), et surtout dans Paul (3). On peut donc, en disposant par fidéicommis, employer les verbes *volo*, *impero*, *injungo* ; et cependant Ulpien (4) range dans la classe des legs toutes les dispositions conçues en termes impératifs, et au contraire dans la classe des fidéicommis toutes les dispositions précatives. Cette définition ne laisse aucun doute pour le cas où le défunt a employé les verbes *precor*, *rogo*, *cupio* ou autres semblables : évidemment, il fait un fidéicommis ; mais lorsqu'il dit *volo*, *injungo*, *impero*, il semble difficile de trouver des expressions moins précatives ou plus impératives. Remarquons à cet égard que, d'après Ulpien lui-même, les legs se font toujours *legis modo*, *verbis civilibus*, c'est-à-dire par des formules spéciales, formules qui sont doublement impératives, et par la volonté qu'elles expriment et par la conjugaison du verbe. Ainsi, tandis que dans le fidéicommis le disposant parle toujours à l'indicatif (*peto*, *volo*, *fidei tuæ committo*, etc.), le mode impératif (*damnas esto*, *sinito*, *præsumito*, etc.), est seul usité dans les différents legs PER DAMNATIONEM, SINENDI MODO, OU PER PRÆCEPTIONEM. Ces derniers seront donc toujours faciles à distinguer des fidéicommis (*a*).

(1) *Paul. fr.* 5, § 4, *de his quæ ut indign.*; *Ulp. fr.* 24, §§ 12 et 13, *de fideic. libert.*; *Marcian. fr.* 35, *eod.* — (2) *Ulp.* 25 *reg.* 2. — (3) *Paul.* 4 *sent.* 1, §§ 5 et 6. — (4) *Ulp.* 24 *reg.* 1, 25 *reg.* 1.

(*a*) Dans l'institution d'héritier, le testateur parle également au mode impératif, ILLE HERES ESTO (*pr., de vulg. subst.*), TITIUS HERES ESTO (*pr., de pupil. subst.*). Il n'aurait pas suffi de dire HEREDEM INSTITUO, HEREDEM FACIO ; cependant on instituait valablement en ces termes, HEREDEM ESSE JUBEO (*Gaius*, 2 *inst.* 117 ; *Ulp.* 21 *reg.* 1). Le verbe JUBEO, qui ne se trouve jamais parmi les expressions usitées pour les fidéicommis, était-il donc spécialement consacré par le droit civil ? l'était-il pour les legs comme pour l'institution d'héritier ? avait-il la même force que DO LEGO, la force que n'avaient point VOLO, IMPERO, INJUNGO, etc. ?

Quant au legs PER VINDICATIONEM, il est vrai que le testateur parle quelquefois au mode indicatif, *do lego*, mais c'est pour déclarer qu'il transfère indirectement la propriété. Sous ce rapport, on ne peut donc pas confondre un legs où le défunt agit par lui-même, avec un fidéicommis dont l'exécution est toujours remise à un intermédiaire.

802. Du reste, les expressions usitées pour les fidéicommis n'avaient rien de spécial ou de solennel. Il suffisait que le défunt manifestât sa volonté (*a*), même par un signe (1). Justinien permet aussi de les faire par écrit ou verbalement, et quoiqu'il exige la présence de cinq témoins [807], leur absence ne nuit pas toujours aux intentions du défunt. Le fidéicommissaire peut s'en rapporter, sur l'existence du fidéicommis, au serment de ceux qu'il dit avoir été chargés de son exécution, et ceux-ci se trouvent alors dans l'alternative ou de jurer qu'ils n'ont été grevés de rien par le défunt, ou de refuser le serment, et par cela même d'avouer le fait allégué ; ce qui entraînerait leur condamnation, *ne depereat ultima voluntas* (2).

On défère le serment dans beaucoup d'autres contestations [1215]; mais ordinairement ce genre de preuve n'est pas admis pour les actes de dernière volonté, parce qu'il serait inutile de prouver une intention qui, dépouillée des solennités requises, ne serait point obligatoire. S'il en est autrement ici, c'est par une exception spéciale qui empêche le grevé de recourir *ad legis subtilitatem* (*b*), en se retranchant sur l'inobservation des formes pour refuser l'exécution d'un fidéicommis avoué (3). Il peut seulement lorsque les fidéicommissaires lui défèrent le serment sur l'existence du fidéicommis, leur déférer lui-même un serment préalable ; et alors ils doivent jurer qu'ils agissent de bonne foi, persuadés de la vérité de ce qu'ils avancent, et non par esprit de chicane pour susciter un procès au défendeur. C'est ce que Justinien appelle *de calumnia jurare* [1369].

(1) *Ulp.* 25 *reg.* 3; *Diocl. et Max. C.* 22, *de fideic.* — (2) § 12, *de fideic. her.*; *Justin. C.* 32, *de fideic.* — (3) § 12, *de fideic. hered.*

(*a*) *Licin. Ruf. fr.* 16, *de fideic. libert.* Ainsi, par exemple, le testateur qui, dans un second testament, déclare que le précédent doit continuer de valoir, exprime une volonté d'où résulte un fidéicommis (§ 3, *quib. mod. test. infirm.*, 637).

(*b*) Soit que le défendeur ait avoué dès le principe l'existence du fidéicommis, soit qu'il ait commencé par la nier, comme le supposent plusieurs éditeurs en écrivant *postquam negaverit* avant *confiteatur*. Ces mots *postquam negaverit* ne sont ni dans la constitution de Justinien (*C.* 32, *de fideic.*), ni dans Théophile. Du reste, il est évident que l'aveu n'a pas moins de force dans un cas que dans l'autre.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus non fuisse; sed primus Lucius Lentulus (ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt) codicillos introduxit: nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa præstabant, et filia Lentuli legata quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

TITRE XXV.

DES CODICILLES.

Il est certain qu'avant le règne d'Auguste, les codicilles n'étaient point en usage. Lucius Lentulus, auquel remonte l'origine des fidéicommis, fut aussi le premier qui introduisit les codicilles. Se trouvant en Afrique au moment de son décès, il écrivit des codicilles que son testament confirmait, et dans lesquels Auguste était chargé par fidéicommis de faire quelque chose. L'empereur Auguste ayant exécuté cette volonté, d'autres, à son exemple, exécutèrent les fidéicommis, et la fille de Lentulus acquitta des legs qu'elle ne devait pas légalement. Auguste convoqua, dit-on, les prudents, notamment Trébatius, qui jouissait alors d'un très grand crédit, les consulta pour savoir si l'usage des codicilles était admissible et ne contrariait pas les principes du droit. Trébatius, en ouvrant son avis à Auguste, présenta les codicilles comme utiles et même nécessaires aux citoyens, à cause des grands et longs voyages que faisaient les anciens, et pendant lesquels celui qui ne pourrait pas faire un testament pourrait au moins faire des codicilles. Dans la suite, Labéon fit aussi des codicilles, et personne ne douta plus de leur légalité.

1. Ce n'est pas seulement après avoir fait un testament qu'on peut faire des codicilles ; on peut aussi, lorsqu'on décède intestat, laisser des fidéicommis par codicilles. Suivant Papinien, les codicilles antérieurs au testament n'étaient valables qu'autant qu'ils avaient été confirmés par une disposition spéciale ; mais les empereurs Sévère et Antonin ont décidé qu'on peut exiger un fidéicommis, en vertu de codicilles antérieurs au testament, lorsqu'il est reconnu que le testateur n'a point abandonné l'intention par lui exprimée dans les codicilles.

2. On ne peut par codicilles ni donner ni ôter l'hérédité, ce serait confondre l'effet des testaments avec celui des codicilles, et la même raison empêche aussi d'y inscrire une exhérédation. Toutefois, l'hérédité directe est la seule qu'on ne puisse ni donner ni ôter par codicilles ; car on dispose valablement par codicilles de l'hérédité fidéicommissaire. On ne peut pas non plus, par codicilles, imposer une condition à l'héritier institué, ni substituer directement.

3. On peut faire plusieurs codicilles, et ils n'exigent aucune solennité dans les formes [1].

[1] Dans tout acte de dernière volonté, à l'exception du testament, il faut que cinq témoins, convoqués ou fortuitement réunis, assistent tous à la fois, soit qu'on dispose verbalement ou par écrit ; dans ce dernier cas, les témoins apposeront leur marque.

1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur ; sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si apparet eum qui postea testamentum fecit a voluntate quam codicillis expresserat, non recessisse.

2. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest : nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest.

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationis desiderant [1].

[1] In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuito venirent, uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur : testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. (*C. ult.*, § *ult. de codicil.*)

EXPLICATION.

PR.

803. Les fidéicommis et les codicilles ont, comme on le voit ici, la même origine. Les dispositions de Lentulus, exécutées par sa fille et par Auguste, ont donné le premier exemple d'un acte de dernière volonté jusqu'alors insolite. Trébatius en a démontré l'utilité, et l'opinion publique a définitivement adopté les codicilles, lorsqu'un nouvel exemple fut donné par Labéon.

En effet les codicilles ont ce grand avantage que, n'exigeant aucune solennité (¹), ils peuvent être faits par des personnes qui se trouveraient dans l'impossibilité de tester : ce qui s'entend d'une impossibilité accidentelle, résultant par exemple de la difficulté qu'on trouve dans certaines localités à réunir un nombre de témoins suffisant (²) ; car, en ce qui concerne la capacité légale, nul n'a le droit de faire un codicille, s'il n'a droit de tester (³). Les codicilles peuvent exister soit que leur auteur décède intestat ou testat, et dans ce dernier cas, ils peuvent être ou n'être pas confirmés dans le testament.

Les codicilles d'un intestat existent par eux-mêmes et indépendamment de tout autre acte (⁴). Au contraire, lorsqu'il y a un testament, les codicilles confirmés ou non confirmés ne valent que par lui et avec lui : s'il est infirmé, il les entraîne dans sa chute (⁵).

§ I.

804. Le testateur confirme soit pour l'avenir, comme paraît l'avoir fait Lentulus (⁶), les codicilles qu'il écrira plus tard, soit dans le passé, les codicilles qui ont précédé le testament (⁷). On a douté si ces derniers, lorsqu'ils ne sont pas expressément confirmés, continuent de valoir. Papinien répondait négativement ; mais d'après une constitution de Sévère et Antonin, il suffit de justifier par un indice quelconque (*si appareat, etc.*), que le testateur n'a pas changé d'intention (*non recessisse, etc.*),

(¹) § 3, *h. t.* — (²) *Paul. fr.* 8, § 2, *de jur. codicill.* — (³) *Paul. fr.* 3 ; *d. fr.* 8, § 2 ; *Marcian. fr.* 6, § 3, *eod.* — (⁴) *Paul. fr.* 16, *de jure codicill.* — (⁵) *Paul. d. fr.* 16 ; *Julian. fr.* 3, § *ult.*, *eod.* ; *Alex. C.* 1, *h. t.* — (6) *Pr. h. t.* — (⁷) *Paul. fr.* 8 ; *Cels. fr.* 18 *de jur. codicill.*

et alors les codicilles antérieurs au testament continuent de valoir comme simples codicilles non confirmés (*a*).

§ II.

805. Les codicilles confirmés ont cela de particulier que tout ce qu'ils contiennent est considéré comme écrit ou inséré dans le testament même (*b*). On peut donc, dans un semblable codicille, faire des legs, les révoquer ou les transférer, affranchir un esclave (1), et en général faire les mêmes dispositions que dans le testament même, pourvu qu'on ne dispose pas de l'hérédité; car pour ne pas confondre les testaments et les codicilles, on a voulu que ces derniers restassent étrangers à l'objet essentiel des premiers. Ainsi on ne peut, dans aucun codicille, ni conférer le titre d'héritier soit par institution soit par substitution, ni le retirer par une exhérédation, ni modifier une institution testamentaire en ajoutant ou supprimant une condition (2).

Nous parlons ici des institutions ou substitutions directes (*directo autem..... substituere directo*); car les fidéicommis qui disposent indirectement de l'hérédité, ne donnent au fidéicommissaire ni les droits ni le titre d'héritier [781]. On peut les faire, comme tout autre fidéicommis, lors même qu'on décède intestat, et par conséquent dans des codicilles non confirmés (3).

§ III.

806. Un testament dispose toujours de toute l'hérédité : dès lors un nouveau testament est incompatible avec celui qui l'a précédé [635]. Il en est autrement des codicilles, parce qu'ils ne disposent pas nécessairement d'un seul et même objet : aussi leurs dispositions ne sont-elles révoquées qu'autant

(1) *Gaius, 2 inst* 270 ; *Ulp. 24 reg.* 29 ; *Modest. fr.* 43, *de man. test.* — (2) *Text. hic; Pap. fr.* 10 ; *Marcian, fr.* 6, *de jure codicill.* — (3) *Text. hic; Gaius, 2 inst.* 273 ; *Philip. C.* 2, *h. t.*

(*a*) Voyez Cujas (18 *observ.* 7 ; *ad Pap. fr.* 5, *de jur. codicill.*), et remarquez que ce texte a été modifié, par Tribonien, dans le sens de la constitution de Sévère et Antonin.

(*b*) *Julian. fr.* 2, § 2, *de jur. codicill.* Ce texte s'applique nécessairement aux codicilles confirmés par testament ; car il est question d'un affranchissement direct, qui ne pourrait pas se trouver dans un codicille non confirmé. Remarquez d'ailleurs que ce même texte contient une négation superflue. (v. *Pothier*, 29 *pand.* 7, n° 20).

qu'elles sont inconciliables avec des dispositions postérieures [1].

807. Les codicilles n'ont été dans l'origine soumis à aucune solennité. Il suffisait que l'on eût la volonté certaine de disposer par codicille. Aussi, l'acte commencé dans l'intention de faire un testament, et demeuré imparfait, ne vaut comme codicille, lorsqu'il en est d'ailleurs susceptible, que par l'intention spéciale du défunt [2]. Théodose [3] exige même que cette intention soit formellement exprimée par une clause que les interprètes ont appelée clause codicillaire.

Il importe donc beaucoup de savoir si les actes que l'on présente comme codicilles d'un intestat, n'ont pas été commencés par le défunt dans l'intention de faire un testament; et l'on juge qu'il a voulu faire un codicille, lorsque l'acte ne contient ni institution d'héritier, ni substitution vulgaire, ni aucune autre disposition qui doive nécessairement se faire par testament [4].

Sous Justinien, toute disposition de dernière volonté qui n'est pas faite par testament, doit l'être en présence de cinq témoins [492, 802]. Du reste, le codicille peut être verbal ou écrit; mais, dans ce dernier cas, les témoins doivent y apposer leur marque, *subnotationem suam* (*a*).

(1) *Diocl. et Max. C.* 3, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 1, *de jur. codicill.* — (3) *C.* 8, § 1, *h. t.* — (4) *Pap. fr.* 13, § 1; *Paul fr.* 20, *de jur. codicill.*

(*a*) Ainsi l'a prescrit Justinien dans un paragraphe ajouté à une constitution de Théodose (*C.* 8, § 3, *h. t.*). Voyez Jacques Godefroy sur la *C.* 7, *C. th.*, *de testam.*

FIN DU LIVRE SECOND ET DU TOME PREMIER.

